

Università degli Studi di Firenze

**Dottorato di ricerca in Diritto Comparato
XXII Ciclo**

**LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE DELLO STATO PER
VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO.
COMPARAZIONE FRA I MODELLI FRANCESE, SPAGNOLO E ITALIANO**

Dottorando:

Dott. **Lorenzo Bairati**

Coordinatore del dottorato:

Chiar.mo Prof. **Vincenzo Varano** – Università degli Studi di Firenze

Responsabili scientifici:

Chiar.ma Prof.ssa **Silvia Ferreri** – Università degli Studi di Torino

Chiar.mo Prof. **Xavier Arbós Marín** – Universitat de Girona

Settore disciplinare: **IUS/02**

Anno Accademico 2009/2010

INDICE

INTRODUZIONE.....	VII
-------------------	-----

CAPITOLO I. L'ILLECITO COMUNITARIO IN PROSPETTIVA COMPARATA..... 1

PREMESSE.....	1
I TERMINI DELLA COMPARAZIONE.....	12
L'INDIVIDUAZIONE DEL METODO.....	16
IL PROCESSO DI CROSS-FERTILISATION.....	24

CAPITOLO II. L'ILLECITO COMUNITARIO SECONDO IL MODELLO DELINEATO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA..... 35

IL PERCORSO DI COSTRUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO.....	35
<i>Gli antecedenti logici del principio. La responsabilità dello Stato prima della sentenza Francovich.</i>	35
<i>La sentenza Francovich. 19 novembre 1991.</i>	40
<i>La sentenza Wagner-Miret. 16 dicembre 1993.</i>	43
<i>La sentenza Faccini Dori. 14 luglio 1994.</i>	45
<i>La sentenza Brasserie du Pêcheur /Factortame III. 5 marzo 1996. ..</i>	46
<i>La sentenza British Telecommunications. 26 marzo 1996.</i>	50
<i>La sentenza Hedley Lomas. 23 maggio 1996.</i>	52
<i>La sentenza Dillenkofer. 8 ottobre 1996.</i>	54
<i>La sentenza Denkavit. 17 ottobre 1996.</i>	56
<i>La sentenza Könle. 1 giugno 1999.</i>	58
<i>La sentenza Rechberger. 15 giugno 1999.</i>	59
<i>La sentenza Haim II. 4 luglio 2000.</i>	61
<i>La sentenza Köbler. 30 settembre 2003.</i>	62
<i>La sentenza Pfeiffer. 5 ottobre 2004.</i>	65
<i>La sentenza Traghetti del Mediterraneo. 13 giugno 2006.</i>	69
<i>La sentenza Danske Slagterier. 24 marzo 2009.</i>	71
LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLO STATO NELLE SUE DIVERSE FUNZIONI E ARTICOLAZIONI.....	77
<i>La responsabilità dello Stato legislatore.</i>	79
<i>La responsabilità dello Stato amministratore.</i>	85
<i>La responsabilità dello Stato giudice.</i>	88

I PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ DELLO STATO NEI CONFRONTI DEI CITTADINI SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.	95
<i>L'esistenza di una norma comunitaria che conferisce diritti ai cittadini.</i>	98
<i>La sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. ..</i>	104
<i>L'esistenza di un nesso di causalità diretto fra la violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario e il danno sofferto dai soggetti privati.</i>	113
<i>Ulteriori criteri indicati dalla Corte di giustizia. In particolare, sulla quantificazione del danno.</i>	118

CAPITOLO III. IL CONFINE FRA I PARADIGMI. REGOLE E LIMITI DELL'AUTONOMIA DEGLI STATI MEMBRI NELL'APPLICAZIONE DELL'ILLECITO COMUNITARIO..... 123

PREMESSA.	123
I PRINCIPI REGOLATORI DEL SISTEMA MULTI-LIVELLO DI RESPONSABILITÀ DELLO STATO.	127
<i>Il principio di autonomia istituzionale e processuale.</i>	127
<i>Il principio di equivalenza.</i>	132
<i>Il principio di effettività.</i>	134
<i>Applicazioni del principio di effettività. La qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto interno e nel diritto comunitario.</i>	138
GLI ELEMENTI DELLA FATTISPECIE REGOLATI IN DIRITTO INTERNO.	142
<i>Gli organi giurisdizionali competenti a giudicare.</i>	142
<i>La determinazione del soggetto passivo.</i>	145
<i>La determinazione dell'elemento soggettivo.</i>	147
<i>I termini di decadenza e di prescrizione. Il problema del dies a quo.</i>	149
<i>Il nesso causale, la natura del danno risarcibile e la sua quantificazione.</i>	155

CAPITOLO IV. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN FRANCIA..... 163

PREMESSA	163
SENTENZE.....	168
<i>La sentenza Henri Ramel. Conseil d'État, 7 dicembre 1979.</i>	168
<i>La sentenza Alivar. Conseil d'État, 23 marzo 1984.</i>	169
<i>La sentenza Nicolo. Conseil d'État, 20 ottobre 1989.</i>	171
<i>La sentenza Boisdet. Conseil d'État, 24 settembre 1990.</i>	174
<i>La sentenza Arizona Tabacco. Conseil d'État, 28 febbraio 1992....</i>	175
<i>La sentenza Dangeville. Conseil d'État, 30 ottobre 1996.</i>	178
<i>La sentenza Magiera. Conseil d'État, 28 giugno 2002.</i>	181
<i>La sentenza Schop. Conseil d'État, 12 gennaio 2004.</i>	182

<i>La sentenza SA Fontanille. Tribunal Administratif de Clermont – Ferrand, 23 settembre 2004.....</i>	<i>184</i>
<i>La sentenza Gardedieu. Conseil d'État, dell'8 febbraio 2007.....</i>	<i>188</i>
<i>La sentenza Robert Gestas. Conseil d'État, del 18 giugno 2008. ...</i>	<i>190</i>
LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN FRANCIA.	
.....	193
<i>La responsabilità dello Stato amministratore per violazione del diritto comunitario in Francia.....</i>	<i>195</i>
<i>La responsabilità del legislatore in Francia.</i>	<i>200</i>
<i>La responsabilità per fatto del giudice.....</i>	<i>215</i>
<i>La responsabilità degli enti locali.</i>	<i>219</i>
L'ILLECITO COMUNITARIO IN FRANCIA, SECONDO I PROFILI E LE CATEGORIE DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE.	223
<i>Premesse.....</i>	<i>223</i>
<i>Il giudice competente.</i>	<i>224</i>
<i>Il legittimato passivo.....</i>	<i>226</i>
<i>L'elemento soggettivo.</i>	<i>227</i>
<i>Il nesso di causalità.....</i>	<i>235</i>
<i>La prescrizione.....</i>	<i>237</i>
<i>La quantificazione del danno risarcibile e le modalità di riparazione.</i>	<i>238</i>

CAPITOLO V. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN SPAGNA.241

<i>Premesse.....</i>	<i>241</i>
SENTENZE.....	ERRORE. IL SEGNALE NON È DEFINITO.
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 30 dicembre 1992.</i>	<i>243</i>
<i>Sentenza della Audiencia Nacional del 25 giugno 1997.</i>	<i>245</i>
<i>Sentenza della Audiencia Nacional del 7 maggio 2002.</i>	<i>247</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 20 giugno 2002.</i>	<i>253</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 12 giugno del 2003.</i>	<i>254</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 29 gennaio 2004.</i>	<i>258</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 30 aprile 2004.</i>	<i>260</i>
<i>Sentenza del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, del 22 novembre 2007.....</i>	<i>262</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo dell' 11 gennaio 2008.....</i>	<i>263</i>
<i>Sentenza del Tribunal Supremo del 30 gennaio 2008.</i>	<i>264</i>
<i>Sentenza della Audiencia Nacional del 10 febbraio 2009.</i>	<i>265</i>
LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN SPAGNA.	
.....	267
<i>La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile all'amministrazione.</i>	<i>268</i>
<i>La responsabilità dello Stato legislatore.....</i>	<i>271</i>
<i>La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile alle Comunidades Autónomas e alle altre articolazioni territoriali.....</i>	<i>290</i>
L'ILLECITO COMUNITARIO IN SPAGNA, SECONDO GLI ELEMENTI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE.	300

<i>Appunti di diritto processuale</i>	300
<i>La determinazione del giudice competente</i>	304
<i>L'elemento soggettivo</i>	306
<i>Decadenza e prescrizione</i>	310
<i>L'individuazione del legittimato passivo</i>	313
<i>Nesso di causalità. Caso fortuito e forza maggiore</i>	315
<i>La determinazione del danno risarcibile e la sua quantificazione</i> ..	318

CAPITOLO VI. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN ITALIA. 321

INTRODUZIONE.....	321
SENTENZE.....	323
<i>Le sentenze dei giudici di merito in relazione al caso Francovich...</i>	323
<i>Il caso Francovich al vaglio della Corte di Cassazione. La sentenza della Cassazione, sez. lavoro, 11 ottobre 1995</i>	327
<i>Sentenza del Tribunale di Caltanissetta, 15 settembre 1997</i>	330
<i>Sentenza della Cassazione, 11 giugno 1998</i>	334
<i>Sentenza del Tribunale di Rovereto, 17 luglio 1998</i>	335
<i>Sentenza della Cassazione, 10 aprile 2002</i>	337
<i>Sentenza del Tribunale di Roma, 21 maggio 2002</i>	339
<i>Sentenza della Cassazione, 16 maggio 2003</i>	340
<i>Sentenza della Corte dei Conti, 18 giugno 2004</i>	342
<i>Sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 4 febbraio 2005. Di nuovo sulla questione degli ex specializzandi</i>	343
<i>Sentenza della Cassazione, 21 ottobre 2005</i>	344
<i>Sentenza del Tribunale di Genova, 23 aprile 2008</i>	347
<i>Sentenza del Consiglio di Stato, 20 gennaio 2009</i>	349
<i>Sentenza della Cassazione, SS.UU., 17 aprile 2009</i>	353
LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLO STATO ITALIANO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO.....	356
<i>La responsabilità per violazione del diritto comunitario dello Stato amministratore</i>	356
<i>La responsabilità del legislatore in Italia</i>	362
<i>La responsabilità del giudice</i>	372
<i>La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile agli enti territoriali</i>	379
L'ILLECITO COMUNITARIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, SECONDO I PROFILI E LE CATEGORIE DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE.....	383
<i>La natura risarcitoria dell'illecito comunitario e le sue conseguenze</i>	383
<i>Il giudice competente</i>	385
<i>Il legittimato passivo</i>	388
<i>Il danno ingiusto</i>	390
<i>L'elemento soggettivo</i>	391
<i>Il nesso di causalità</i>	402
<i>I termini di prescrizione dell'azione di risarcimento</i>	404

<i>Determinazione e quantificazione del danno, e possibilità di accordare un risarcimento in forma specifica.....</i>	<i>405</i>
---	------------

GLI ESITI DELLA COMPARAZIONE: MISURAZIONE DELLE DIFFERENZE FRA LE ESPERIENZE CONSIDERATE E RIFLESSIONI CONCLUSIVE CIRCA LA FORMAZIONE DI UNO *JUS COMMUNE* DELLA RESPONSABILITÀ PUBBLICA. 409

LE TRE ESPERIENZE A CONFRONTO. MISURAZIONE DELLE DIFFERENZE E RIFLESSIONI CRITICHE.....	409
<i>La responsabilità delle amministrazioni.....</i>	<i>410</i>
<i>La responsabilità del legislatore.....</i>	<i>418</i>
<i>La responsabilità del giudice.....</i>	<i>423</i>
<i>La partecipazione degli enti locali.</i>	<i>429</i>
GLI EFFETTI DELL'APPLICAZIONE DELL'ILLECITO COMUNITARIO SUI POTERI DELLO STATO E SUGLI ATTI ESPRESSIONE DELLA SUA SOVRANITÀ.	433
<i>Gli effetti relativi ai diversi poteri dello Stato. Stato amministratore e Stato legislatore.</i>	<i>433</i>
<i>Le conseguenze dell'illecito comunitario per fatto di un organo giurisdizionale in ordine all'erosione della portata oggettiva del giudicato.....</i>	<i>437</i>
LE PROSPETTIVE CIRCA L'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO DELLA RESPONSABILITÀ PUBBLICA IN EUROPA E GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLE POSIZIONI GIURIDICHE INDIVIDUALI.....	442
<i>L'uniformazione del diritto della responsabilità pubblica in Europa.</i>	<i>442</i>
<i>Profili di diritto sostanziale.....</i>	<i>447</i>
<i>Profili di diritto processuale.....</i>	<i>450</i>
CONCLUSIONI.	455

GIURISPRUDENZA CITATA..... 459

GIURISPRUDENZA EUROPEA.....	459
<i>Corte di giustizia.</i>	<i>459</i>
<i>Tribunale di primo grado.</i>	<i>467</i>
<i>Conclusioni degli Avvocati Generali.....</i>	<i>467</i>
<i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.....</i>	<i>468</i>
GIURISPRUDENZA ITALIANA.....	469
<i>Corte Costituzionale.....</i>	<i>469</i>
<i>Altre giurisdizioni.....</i>	<i>469</i>
GIURISPRUDENZA SPAGNOLA.....	473
<i>Tribunal Constitucional.....</i>	<i>473</i>
<i>Altre giurisdizioni.....</i>	<i>474</i>
GIURISPRUDENZA FRANCESE.....	477
<i>Conseil Constitutionnel.....</i>	<i>477</i>
<i>Altre giurisdizioni.....</i>	<i>477</i>
GIURISPRUDENZA DI ALTRI STATI MEMBRI.....	482

<i>Austria</i>	482
<i>Germania</i>	482
<i>Paesi Bassi</i>	483
BIBLIOGRAFIA	485

INTRODUZIONE

Il tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è, ormai da tempo, oggetto di attenzione da parte di cultori di diverse branche del diritto. Le ragioni di questo prolungato interesse si spiegano facilmente, se si considerano le sue diverse implicazioni, fra cui spiccano l'accelerazione del processo di integrazione europea e il tentativo di assicurare, anche a livello comunitario, l'effettività dei diritti dei cittadini.

A partire dagli anni '90 si è assistito ad un dibattito molto intenso a proposito delle tensioni fra l'opera, svolta dei giudici comunitari, tesa alla concreta applicazione del diritto comunitario, e le resistenze opposte dal livello municipale, costituite da oggettivi elementi di diritto positivo, e da una scarsa propensione degli interpreti a ragionare in chiave di ordinamenti aperti e interconnessi. Il tema, originariamente prediletto dai cultori del diritto comunitario, è diventato oggetto di indagine anche dei costituzionalisti, in particolar modo in seguito all'affermazione della responsabilità per violazione del diritto comunitario da parte dello Stato nelle sue vesti di legislatore. La questione circa la possibilità, aberrante secondo l'impostazione classica, che il legislatore sia chiamato a rispondere in termini patrimoniali nei confronti dei soggetti danneggiati dall'attività normativa, era già stata sollevata nei decenni precedenti da parte di autorevoli costituzionalisti. Tale dibattito, in considerazione del nuovo parametro di legalità costituito dal diritto comunitario, è stato nuovamente sollevato, ed è ormai opinione comune che la celebre formula secondo cui "*the King can do no wrong*", che esprime la pressoché illimitata sovranità del Parlamento, debba essere necessariamente rivista. Sul tema si sono anche esercitati gli amministrativisti, chiamati ad approfondire il tema della responsabilità per violazione del diritto comunitario derivante da attività amministrativa. In Italia, il tema è stato

affrontato anche da parte di autorevoli civilisti, in relazione alle criticità connesse all'applicazione dell'art. 2043 Cod. Civ..

La coesistenza del "paradigma comunitario" di responsabilità dello Stato con i diversi regimi nazionali di responsabilità pubblica, ha indotto anche i comparatisti ad esplorare questo campo, in modo da rispondere alle questioni relative al rapporto fra i diversi modelli di responsabilità. In questo quadro, il raffronto delle diverse esperienze municipali, l'analisi del rapporto fra livelli di legalità, e le riflessioni circa il fenomeno di *cross-fertilisation*, inteso non solo come meccanica applicazione del diritto comunitario, ma anche come occasione di dialogo fra giudici e di elaborazione culturale, sono in una fase di piena maturazione.

Questa analisi intende collocarsi in questo filone, in considerazione dei profili problematici rimasti insoluti nonché delle rinnovate prospettive di applicazione di questa figura. Seguendo l'impostazione tradizionale dell'indagine comparatistica, un primo obiettivo consiste nell'accertare le differenze e le somiglianze fra diversi ordinamenti, dando conto di un processo circolare, di reciproca permeazione, interessata da fenomeni di recezione e di resistenza, fra modelli nazionali e paradigma comunitario. L'indagine persegue la finalità di comparare le soluzioni applicative del paradigma comunitario di responsabilità dello Stato in diversi ordinamenti nazionali; in altri termini, di studiare come la responsabilità dello Stato, così come delineata in sede comunitaria, si inserisca nell'architettura giuridica e istituzionale degli ordinamenti considerati. A questo proposito, ruolo particolarmente importante è stato ricoperto dai giudici, che nei diciotto anni trascorsi dalla prima fondamentale sentenza Francovich (risalente al 1991), hanno interpretato il principio affermato dalla Corte di giustizia, lo hanno declinato in ambito nazionale, ed hanno così contribuito a renderlo effettivo. Per questa ragione, ampio spazio sarà riservato all'analisi dei casi pratici, in modo da superare l'impostazione prevalente, che a nostro parere è caratterizzata da un certo formalismo. Questo aspetto costituisce l'elemento di novità di questa analisi, che, ovviamente,

intende fare tesoro dei numerosissimi contributi esistenti a riguardo, ma che al contempo intende colmare una lacuna; infatti, se le opere disponibili hanno trattato in profondità il paradigma comunitario, si sono soffermate solo raramente e in modo piuttosto sbrigativo sulle pronunce dei giudici nazionali. D'altra parte, le numerose note di commento ai singoli casi non sono in grado di sviluppare un'approfondita riflessione comparatistica, che in questo ambito appare particolarmente opportuna.

Una prima tradizionale diramazione dell'analisi coincide con la considerazione dello Stato nelle sue funzioni e articolazioni. In altri termini, il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario si declina in modo diverso a seconda che la violazione sia imputabile allo Stato - legislatore, allo Stato - Pubblica Amministrazione o allo Stato - giudice.

Un secondo aspetto finora poco frequentato dalla dottrina italiana, è quello relativo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario connesso al tema dell'organizzazione interna degli Stati, ovvero dei fenomeni di decentramento politico e amministrativo. Anche a questo proposito, la comparazione delle esperienze considerate appare di particolare interesse, in considerazione del diverso grado di decentramento che tradizionalmente caratterizza tali ordinamenti. Infatti la Francia è un paese tradizionalmente accentrato, in cui le articolazioni territoriali hanno competenze meramente amministrative, e in cui a livello di enti locali esistono assemblee elettive prive di competenze legislative. All'opposto, la Spagna ha un'organizzazione interna improntata a un pronunciato regionalismo; ciò significa, in primo luogo, che accanto all'entità statale, che opera secondo le sue diverse funzioni, esistono enti locali dotati di ampie competenze sia legislative che esecutive. A questo proposito, il caso Italiano si trova in qualche modo in una posizione mediana, perché le regioni, in seguito alla riforma del Titolo V dell'anno 2001 (Legge costituzionale n. 3 del 2001 e successivo referendum confermativo del 7 ottobre 2001), hanno assunto importanti competenze

legislative ed esecutive, ma comunque senza giungere al grado di autonomia ravvisabile nell'ordinamento spagnolo. Questa questione appare particolarmente rilevante a proposito della responsabilità dello Stato, perché l'organizzazione interna, materia totalmente delegata alla sovranità statale, può influire sensibilmente sulla tutela delle posizioni giuridiche comunitarie. Questo tema, così come quello della partecipazione degli enti locali all'applicazione del diritto comunitario, è in rapida evoluzione, tanto che le analisi a tal proposito non sono mai risolutive. A ciò si aggiunga che la rapidità con cui si sviluppa la giurisprudenza fa sì che le opere dedicate al tema diventino obsolete in un tempo relativamente breve.

Tutti questi elementi servono per dare una risposta in relazione alla natura della responsabilità per violazione del diritto comunitario ed alla sua efficacia in funzione della tutela dei diritti dei cittadini. Inoltre, la disamina di tale figura aiuterà a svolgere alcune riflessioni circa la progressiva creazione di un diritto comune della responsabilità pubblica per violazione del diritto comunitario.

CAPITOLO I. L'ILLECITO COMUNITARIO IN PROSPETTIVA COMPARATA.

Premesse.

Secondo le parole di Rodolfo Sacco, “la comparazione presuppone, evidentemente, l'accertamento che esiste una pluralità di modelli giuridici, ma essa va al di là di questo semplice accertamento. Se essa porta la sua attenzione su questi molteplici modelli, lo fa per stabilire in quale misura i modelli sono identici, ed in quale misura sono differenti. In termini più semplici, poiché l'identità dei modelli può essere rappresentata con l'idea di una differenza pari a zero, la comparazione consiste nel misurare le differenze che esistono tra una molteplicità di modelli giuridici”¹. Chi compara svolge un'opera di raffronto e misurazione delle differenze fra i termini considerati, e sia che l'esercizio riguardi singoli istituti, sia che ambisca a considerare intere partizioni giuridiche appartenenti a diversi ordinamenti nazionali (comparazione micro o macro, secondo la celebre distinzione proposta da Konrad Zweigert e Hein Koetz), deve muovere da un primo momento, consistente nell'individuazione dei termini della comparazione, ovvero degli elementi il cui raffronto sarà oggetto della ricerca²; questa fase appare necessaria per chi voglia svolgere

¹ Cit. da R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, Trattato di Diritto Comparato, UTET, Torino, 1992, pag. 11. D'altra parte, secondo Gino Gorla la comparazione giuridica consiste in “un'attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere che cosa essi abbiano di diverso e che cosa di comune”. Si tratta di “un processo quasi circolare che va dall'uno all'altro termine, e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce in tal modo sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro, per i caratteri individuali di ciascuno di essi (che risultano e possono risultare soltanto dal raffronto, poiché non si dà l'“individuo” senza l'“altro”) e per i caratteri comuni. Nello stesso tempo si controlla l'ipotesi di lavoro di un *quid* comune, e così si attinge la conoscenza di questo *quid* e la si sviluppa”. Cit. da G. GORLA, M. CAPPELLETTI, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Studi di diritto comparato, Giuffrè, Milano, 1981, pag. 70.

² A tal proposito, Gerhard Danneman sostiene che “*the basis of comparison is formed by the objects of reserch which, within the chosen topic, are selected for comparison, and*

un'indagine rigorosa, ai fini di una migliore conoscenza del diritto³. In queste pagine si metteranno in luce i termini che prenderemo in considerazione in questa ricerca, nonché il metodo con cui questa verrà svolta. A tale scopo, è necessario offrire una prima sommaria descrizione della fattispecie di cui intendiamo trattare.

L'affermazione del principio della responsabilità degli Stati in caso di inadempimento degli obblighi derivanti dallo *status* di membro dell'Unione Europea costituisce una tappa fondamentale del percorso di formazione del diritto europeo, e della sua progressiva integrazione negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati nazionali. Tale principio trova il proprio fondamento nell'art. 10 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (versione consolidata, di seguito TCE), che impone agli Stati membri il dovere di leale collaborazione, ovvero di "adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità"⁴.

Il principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario era affermato e trovava una sua applicazione pratica anche prima della sentenza Francovich, per rispondere alla fondamentale esigenza, avvertita durante il processo di europeizzazione, di superare le resistenze all'applicazione del diritto comunitario opposte dalle diverse autorità ed istanze nazionali⁵. Che le ragioni dell'inottemperanza consistessero in una

also includes the sources which are consulted. The selection of the basis of comparison appears to be the only stage of the comparative enquiry for which there seem to be full agreement that we must strive for similarity". Cit. da G. DANNEMANN, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 (pp. 383 - 419), pag. 407.

³ Questo è il primo e principale obiettivo della comparazione giuridica, secondo quanto enunciato nella prima tesi di Trento: "il compito della comparazione giuridica, senza il quale non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto". Cfr. G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 5 e ss.

⁴ "Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato".

⁵ Sentenza della Corte (in seguito CGCE), del 19 novembre 1991. Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana.– Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. 1991,

volontà esplicitamente ostruzionistica, o, piuttosto, in oggettive difficoltà di ordine tecnico, appariva sempre più evidente che l'applicazione del diritto di fonte sopranazionale (originario o derivato che fosse) non potesse reggersi solo sugli strumenti della politica. Anche senza considerare le resistenze dovute a ragioni di opportunità politica, sono molto frequenti i casi in cui il recepimento è ostacolato da impedimenti di ordine tecnico, soprattutto in ragione del fatto che il diritto comunitario deve essere recepito ed applicato in sistemi quanto mai distinti fra loro⁶. Questo elemento è facilmente identificabile non solo in prospettiva macrocomparatistica, ovvero in riferimento all'applicazione del diritto europeo in ordinamenti sia di *civil law* sia di *common law*, ma anche in relazione a comparazioni micro, ovvero nella prospettiva di un'applicazione uniforme ed effettiva di normative settoriali in ordinamenti che, pur appartenendo allo stesso sistema giuridico, divergono sensibilmente in relazione a singoli istituti⁷⁸.

Il Trattato della Comunità Europea (di seguito, TCE) dedica pochissimo spazio alle azioni legali che i cittadini possono intentare per proteggere i propri diritti⁹. Nel caso di violazione del Trattato da parte delle Istituzioni comunitarie, l'art. 230 (art. 263 del Trattato di Lisbona) dispone che i

pag. I-05357. A tale sentenza verrà dedicato ampio spazio nel prossimo capitolo. Si tratta di una sentenza fondamentale che ha per la prima volta delineato concretamente la figura della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario nei confronti dei cittadini danneggiati a causa di tale violazione.

⁶ Sono piuttosto frequenti i casi di direttive considerate impopolari, che quindi incontrano delle resistenze al momento del loro recepimento. Questo fenomeno è particolarmente evidente negli Stati caratterizzati da fenomeni di decentramento; a questo proposito è paradigmatica l'esperienza della Spagna, in cui esiste una sfera di competenze che può essere esercitata sia dal legislatore statale sia dai legislatori delle *Comunidades Autónomas*. In questo caso non sono affatto infrequenti comportamenti dilatori, da parte dalle rispettive assemblee legislative, che in tal modo evitano di assumersi la responsabilità politica collegata al recepimento di normative che possano scontentare porzioni più o meno ampie di elettorato.

⁷ Come noto, da tali considerazioni hanno preso le mosse numerosissime riflessioni da parte dei cultori del diritto comparato. A proposito del ruolo svolto dai comparatisti circa l'integrazione fra diritto comunitario e diritti nazionali. V. fra i tanti, J.A. JOLOWICZ, *New Perspectives of a Common Law of Europe: some practical aspects and the case for applied comparative law.*, in M. CAPPELLETTI, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Sijthoff, Leyden, London, Boston, 1978, (pp. 237 - 265).

⁸ Mi riferisco alla tradizionale contrapposizione fra sistema di *common law* e sistema romano-germanico introdotto da René David che, come noto, propose una classificazione che identificava quattro grandi sistemi: romano-germanico, di *common law*, di tipo socialista, sistemi filosofici e religiosi. Cfr. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, I, Dalloz, Paris, 1960.

⁹ Lo stesso vale per il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, conosciuto comunemente come Trattato di Lisbona.

soggetti possano presentare azione di annullamento davanti alla Corte di giustizia¹⁰. Inoltre, è prevista un'azione per danni nei confronti della Comunità negli articoli 288 (2) (ex art. 215) e 235 (ex art. 178)¹¹. Il Trattato nulla prevede, invece, a proposito di azioni di tutela del patrimonio dei cittadini derivante da violazione imputabile ad una funzione o articolazione dello Stato¹². L'unico strumento atto a garantire che gli Stati membri

¹⁰ Art. 263 Trattato di Lisbona: "La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative. Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza".

¹¹ Rispettivamente, artt. 340 e 268 del Trattato di Lisbona. Art. 340: "In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni"; art. 268: "La Corte di giustizia nell'Unione europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'articolo 340, secondo e terzo comma". A tal proposito, ricordiamo che il trasferimento di competenze dagli Stati a favore delle Istituzioni comunitarie, in forza dei trattati, conferisce a dette istituzioni una capacità di azione il cui esercizio può ledere i diritti dei soggetti amministrati. Per questa ragione il Trattato riconosce il diritto ai soggetti dell'ordinamento giuridico comunitario di ottenere dalla Corte di giustizia il risarcimento dei danni causati dall'attività delle istituzioni e degli agenti della Comunità. Il tema è approfondito in F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne: de la référence aux "principes généraux communs" à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, L.G.D.J., Paris, 1990.

¹² L'unica disposizione presente nel Trattato, che prevede, tra l'altro, non un rimedio giudiziale ma una semplice sanzione, è quella, relativa alla concorrenza, di cui all'art. 81, che dispone: "Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) nel subordinare la conclusione di

adempiano agli obblighi scaturenti dalla partecipazione all'Unione, consiste nella procedura di infrazione di cui agli art. 226 – 228 TCE (art. 258 – 260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)¹³. Tali disposizioni, tuttavia, non mirano a tutelare in termini patrimoniali le posizioni giuridiche individuali lese a seguito di violazione del diritto comunitario: piuttosto, questo strumento è stato concepito per indurre gli Stati membri ad adempiere agli obblighi derivanti dall'adesione ai Trattati e, pertanto, è alla Comunità che, in caso di inadempimento, essi devono rispondere.

Fino a che la Corte di giustizia non statui esplicitamente che gli Stati membri potessero essere condannati al risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti danneggiati per illecito comunitario (con la sentenza Francovich), l'ordinamento comunitario prevedeva una responsabilità solamente *ad extra*, e il cittadino non vedeva tutelato in alcun modo i

contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto". Si noti che in questo caso si tratta di una sanzione per violazioni commesse da soggetti privati.

¹³ L'art. 258 è dedicato agli obblighi in capo allo Stato in virtù del diritto comunitario. Questa formula deve essere intesa nel senso che fonti di tali obblighi sono le norme del diritto comunitario originario, gli atti vincolanti (tanto tipici quanto atipici) delle Istituzioni comunitarie e gli accordi e le norme che vincolano la Comunità, così come le sentenze della Corte di giustizia. In definitiva, lo Stato si trova in questa situazione ogniqualvolta violi un obbligo dall'ordinamento giuridico comunitario considerato nel suo insieme. La violazione può consistere in un'omissione o in un comportamento attivo; d'altra parte, sono imputabili allo Stato tutte le violazioni del diritto comunitario commesse da qualsiasi suo organo, così come quelle realizzate dagli enti locali negli Stati con struttura composta. Articolo 258: "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea". Articolo 260: "1. Quando la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta. 2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze. La Corte, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità". Per un'analisi della procedura d'infrazione, e dei rapporti con le altre misure di tutela dell'adempimento degli obblighi comunitari, v. D. SIMON, *The sanction of Member States serious violations of Community Law*, in D. O'KEEFE, *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 2000, (pp. 275 - 286).

propri diritti¹⁴. A tal proposito, inoltre, segnaliamo che ben poche sono le procedure messe in moto, e solo due volte la Corte di giustizia ha imposto una sanzione ad uno Stato membro¹⁵.

In un quadro in cui gli Stati rispondevano solo e soltanto alla Comunità, la previsione, da parte della Corte di giustizia, di una responsabilità *ad intra*, ovvero nei confronti dei cittadini i cui diritti erano stati vulnerati a causa di un illecito da parte dello Stato, fu salutata come un'evoluzione dalla portata dirompente¹⁶. In riferimento al principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, ci si riferisce comunemente alla "dottrina Francovich" il che testimonia il fondamentale ruolo di tale pronuncia nel processo di europeizzazione¹⁷. Il principio espresso nella

¹⁴ Tra l'altro, la sentenza emessa al termine del procedimento di cui agli art. 226 – 228 TCE non soccorreva in alcun modo, dato il suo carattere meramente dichiarativo.

¹⁵ Ad oggi, solo in due occasioni la Corte di giustizia ha imposto una sanzione agli Stati membri in seguito all'accertamento di una violazione del diritto comunitario: Sent. CGCE, 25 novembre 2003, Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna. Causa C-278/01, Racc. I-14141; Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica. Causa C-387/97. Racc. I-5047. In molti casi, la procedura è stata avviata, ma gli Stati in questione hanno adempiuto ai propri obblighi prima che la Corte di giustizia emettesse una sentenza che imponesse una penalità pecuniaria. Maggiori dettagli a questo riguardo sono forniti da Anthony Arnall, nel paragrafo dal titolo eloquente: *"How effective are infringement proceedings?"*. Cfr. A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2006.

¹⁶ C'è chi ha definito "rivoluzionaria" la giurisprudenza della Corte di giustizia, perché ha delineato una nuova figura di illecito che ha sconvolto principi ritenuti del tutto consolidati. Tale affermazione può essere condivisa nel senso che per la prima volta la Corte di giustizia ha delineato un rimedio che si fonda sull'iniziativa dei singoli cittadini danneggiati dal comportamento illecito dello Stato; ciò detto, a distanza di quasi vent'anni dalla sentenza Francovich, è innegabile che le grandi aspettative sollevate con tale pronuncia siano state quantomeno parzialmente tradite. Nel prossimo capitolo vedremo come la sentenza Francovich si ponga in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia, e che la figura di illecito delineata a partire da tale pronuncia si fondi su principi – cardine inerenti al Trattato.

¹⁷ Tale termine è frequentemente utilizzato dai politologi, oltre che dai giuristi, per denominare concetti parzialmente distinti. A tal proposito, Sergio Fabbrini offre una definizione sufficientemente ampia per comprendere le diverse sfaccettature di tale fenomeno: "Comunque si definisca l'europeizzazione, tuttavia è indubbio che essa sia consistita nell'attivazione, a livello dei singoli Stati membri, di pratiche istituzionali, corsi di azione (politiche pubbliche) e schemi cognitivi per affrontare i problemi domestici provenienti dal livello comunitario". Cit. da S. FABBRINI, *Politica comparata. Introduzione alle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 199-200. A tale processo è dedicata gran parte dell'opera di Joseph Weiler, il cui studio è fondamentale per chi intenda approfondire le ragioni profonde, gli elementi e le dinamiche del processo di costituzionalizzazione dell'Europa; per questo motivo nel corso della trattazione si farà costante riferimento all'opera di questo autore. L'autore ripercorre criticamente i mutamenti e le trasformazioni che hanno interessato il processo di integrazione in: J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990, (pp. 2403-2483). A proposito del concetto di cittadinanza europea l'autore afferma: *"We see through this exquisite exegesis that in the curtailment of the totalistic claim of the nation-state and*

sentenza Francovich trova il proprio fondamento nei principi comunitari di efficacia diretta e di primato; la Corte di giustizia, delineando la nuova figura di illecito come conseguenza dell'applicazione di tali principi, da un lato svolge un'opera di assestamento e sviluppo della propria giurisprudenza e, dall'altro, dimostra come il nuovo strumento di tutela sia inerente al Trattato, e pertanto fuori dalla sfera di competenza degli Stati, che, quantomeno formalmente, non possono che rispettarlo e svilupparlo all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali¹⁸.

Come detto, la dottrina, soprattutto negli anni '90, ha dimostrato grande entusiasmo a proposito della portata della pronuncia Francovich. In particolare, venne sottolineato come in questo modo trovasse nuovo vigore il controllo giudiziario sugli atti degli Stati membri, attraverso una più incisiva azione da parte dei soggetti danneggiati. D'altra parte, vi era chi segnalava come in questo modo venisse rafforzata l'effettività delle direttive, tramite una sorta di parziale compensazione al mancato riconoscimento dell'efficacia diretta orizzontale¹⁹. Infine, si affermò che

the reduction of nationality as the principal referent for transnational human intercourse, the Community ideal of supranationalism is evocative of, and resonates with, Enlightenment ideas, with the privileging of the individual, with a different aspect of liberalism which has its current progeny our modern notions of human rights. In this respect the Community ideal is heir to Enlightenment liberalism. Supranationalism assumes a new, additional meaning which refers not to relations among nations but to the ability of the individual to rise above his or her national closet". Cit. da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?"* Cambridge University Press, Cambridge, 1999; J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, (pp. 1259 – 1286), pag. 343. Per quanto riguarda la dottrina italiana, v.: V.E. PARISI (ed.), *Cittadinanza e identità costituzionale europea. Ricerca del Centro di Ricerche in Analisi Economica, Economia Internazionale, Sviluppo Economico*, Il Mulino, Bologna, 2001; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Torino, Giappichelli, 1998.

¹⁸ Nel corso delle prossime pagine segnaleremo il ruolo fondamentale svolto a questo proposito da parte della Corte di giustizia, che ha interpretato il proprio ruolo in modo da incidere direttamente sul rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali, nel quadro della missione generale che lo stesso Trattato le conferisce, ovvero quella di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" (art. 19 TCE). In particolare, si approfondirà il tema della relazione organica fra la Corte di giustizia e i tribunali nazionali orientata ad un'applicazione armoniosa ed uniforme ed uno sviluppo coerente del diritto comunitario. Sul ruolo svolto dalla Corte di giustizia in funzione del processo di integrazione europea, v., fra i numerosissimi contributi disponibili, A. STONE SWEET, *The Judicial construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004. V. in particolare il primo capitolo, intitolato "*The European Court and Integration*".

¹⁹ Il rapporto con il principio di effetto diretto continua ad essere al centro di un acceso dibattito, che verrà approfondito nel corso della trattazione. Per un contributo recente sugli ultimi sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia a proposito dei principi di

tale pronuncia non sarebbe rimasta senza conseguenze neanche riguardo allo sviluppo della giurisprudenza della stessa Corte di giustizia a proposito del regime di responsabilità delle Istituzioni comunitarie²⁰.

Riservandoci di tornare su tali questioni, segnaliamo, in prima approssimazione, che questa decisione da un lato ha inaugurato una nuova era in relazione alla tutela dei diritti dei cittadini, fornendo ai singoli un quadro di riferimento per far valere in via diretta la violazione del diritto comunitario nei confronti dello Stato inadempiente. Dall'altro, ha introdotto un nuovo tipo di illecito extracontrattuale al fine di incidere direttamente sul rapporto fra ordinamento comunitario e ordinamenti statali²¹. Pertanto, non pare esagerato affermare che questa pronuncia costituisca una sorta di bandiera dell'uropeismo o, se si preferisce, di manifesto di dimensione costituzionale²².

efficacia diretta e preminenza delle direttive, v. VON DANWITZ, *Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 4 2007, (pp. 575 – 596)

²⁰ Alle “consequences of the Francovich case law” fa riferimento D.F. WAELBROECK, *Treaty violations and liability of Member States: the effect of the Francovich case law*, in T. HEUKELS e A. McDONNELL, *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 1997, (pp. 311-337).

²¹ Come sottolinea, fra gli altri, Pier Giuseppe Monateri, è un caso in cui la responsabilità civile viene utilizzata “con finalità di diritto costituzionale”, ovvero per intervenire in un settore estraneo agli scopi e agli ambiti applicativi tipici dell'illecito extracontrattuale. A questo proposito, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Trattato di Diritto Comparato, UTET, Torino, 1998, pag. 857.

²² A tal proposito, sottolineiamo il ruolo fondamentale della Corte di giustizia la cui giurisprudenza è fonte dell'ordinamento comunitario in virtù del principio del precedente, nonostante l'efficacia *inter partes*, e non *erga omnes*, che il Trattato riconosce alle sue pronunce. Anche se, secondo la lettera del Trattato, il giudice si dovrebbe limitare ad impartire un comando concreto per la soluzione della controversia, e dovrebbe quindi essere estranea alla sentenza l'enunciazione di principi di diritto, la Corte ha utilizzato la logica giuridica, la deduzione dal sistema comunitario e la comparazione degli ordinamenti degli Stati membri per l'esercizio di una funzione “quasi legislativa”, di vera e propria creazione del diritto. Si tratta del fenomeno di creazione giudiziaria del diritto che ha attecchito da decenni anche nell'Europa continentale, e che ha spinto parte consistente della dottrina ad evocare il riconoscimento della giurisprudenza non solo come fonte materiale del diritto, ma anche come fonte formale. Per cui, le sentenze emesse dal giudice comunitario vanno considerate “come fonte di statuizioni compiute e direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri. Fonte atipica, in quanto nessuna norma dei Trattati conferisce espressamente alla Corte un siffatto potere”. Cit. da AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo cit.*, pag. 33. L'autrice, nel capitolo dedicato alle “riflessioni sul ruolo attuale e potenziale della Corte di giustizia nella tutela dei diritti individuali” si sofferma sull'ambiguità della Corte di giustizia, che oscilla fra il ruolo di Tribunale amministrativo e quello di Tribunale costituzionale. A proposito di tale fenomeno, visto dalla prospettiva del diritto italiano, v. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XLV, 2, 2000, (pp. 1193 – 1223). In particolare, v. il paragrafo 4, dal titolo “Valore di precedente o “diretta applicabilità delle sentenze della Corte di giustizia?”, pag. 1212.

In tale occasione i giudici della Corte di giustizia hanno enunciato il principio secondo cui lo Stato che viola il diritto comunitario può essere condannato al risarcimento dei danni nei confronti dei cittadini danneggiati da tale violazione. In altri termini, in forza di tale previsione, lo Stato che viola il diritto comunitario è chiamato non solo a rispondere nei confronti della Comunità (responsabilità *ad extra*), ma anche a risarcire i cittadini concretamente danneggiati dal suo comportamento (responsabilità *ad intra*). Tale principio è stato progressivamente dotato di struttura dal filone giurisprudenziale che si è dipanato fino a tempi recentissimi e che è sicuramente destinato ad evolversi ulteriormente. Per cui questa figura, sotto l'impulso della Corte di giustizia, a partire dagli anni '90 ha affiancato i tradizionali rimedi alla mancata attuazione del diritto comunitario²³. Gli elementi che costituiscono il paradigma comunitario di responsabilità dello Stato nei confronti dei soggetti danneggiati saranno oggetto del prossimo capitolo, necessario ai fini di una successiva comparazione fra modelli; a tale scopo, è in primo luogo necessario analizzare le modalità con cui tale principio è stato progressivamente dotato di efficacia vincolante²⁴. Questo obiettivo, prima dell'intervento della Corte di giustizia, era stato oggetto di un dibattito, intercorso in primo luogo fra soggetti istituzionali, che si era sviluppato intorno alla scelta degli strumenti più idonei al fine di dotare tale principio di concreta operatività²⁵. I soggetti che parteciparono

²³ Questo concetto è ben espresso in A. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008, pag. 126: "Quando non sia possibile: a) attribuire efficacia diretta alla direttiva rimasta inattuata, né b) interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva medesima, al cittadino danneggiato dalla mancata attuazione della direttiva non resta che chiedere il risarcimento del danno nei confronti dello Stato consistente nel pagamento di una somma di denaro corrispondente al danno subito in conseguenza della mancata possibilità di esercitare i diritti che la tempestiva attuazione della direttiva gli avrebbe attribuito". Come vedremo, questo non vuol dire che tale rimedio sia residuale, perché può essere esperito anche nel caso in cui la direttiva inattuata abbia efficacia diretta.

²⁴ L'indagine intende incentrarsi non tanto sulla storia e sui fondamenti del principio, cui sono dedicati innumerevoli contributi, quanto, piuttosto, sulle sue soluzioni applicative, in modo da riflettere sulle prospettive di tale figura in tema di tutela dei diritti dei cittadini.

²⁵ Con la sentenza Francovich la Corte di giustizia rispose all'esigenza, denunciata a livello sia istituzionale sia dottrinale, di responsabilizzare gli Stati in caso di violazione del diritto comunitario, per assicurare una maggiore effettività del diritto di fonte sopranazionale, e in definitiva, per costruire un'Europa dei cittadini e non solo degli Stati. Si era pronunciato esplicitamente in tal senso il Parlamento Europeo, che nei primi anni '80 aveva esplicitamente affermato l'opportunità di prevedere un obbligo di risarcimento in modo da compensare i danni occorsi ai cittadini a causa di una violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri. Nella risoluzione finale (Risoluzione sulla

al dibattito avevano di fronte a sé diversi modelli di riferimento, fra cui i regimi di responsabilità dello Stato conati a livello statale e, d'altra parte, la responsabilità extracontrattuale della Comunità Europea²⁶. Coloro che si misurarono con tale questione fecero tesoro dell'elaborazione degli studiosi del diritto comunitario, che tradizionalmente riconduce il rapporto fra diritto comunitario e diritto statale a quattro distinti modelli. A seconda della "diversa intensità dell'impatto che le norme prodotte dalla comunità hanno sui sistemi nazionali o, se si preferisce, dalla forza maggiore o minore con cui esse penetrano all'interno di questi", ci si riferisce, tradizionalmente, a sostituzione, armonizzazione, coordinamento e coesistenza²⁷. A questo proposito ricordiamo che una delle ipotesi in campo, sostenuta dalla Commissione Europea, prevedeva una sostituzione legislativa che avrebbe condotto all'abrogazione delle normative nazionali ad opera di quella comunitaria. Alla fine, come sappiamo, si seguì un'altra strada, consistente in una progressiva armonizzazione promossa dalla Corte di giustizia, ed orientata alla comunitarizzazione dei rimedi sanzionatori nazionali²⁸. Per perseguire

responsabilità degli Stati Membri in ordine all'applicazione e al rispetto del diritto comunitario; GUCE n° C 068 del 14/03/1983 pag. 0032) si invitò la Commissione a presentare proposte dirette a conseguire l'uniformazione delle disposizioni nazionali relative al risarcimento dei danni derivati da atti amministrativi illegali. Tale questione è approfondita in J. TALLBERG, *European Governance and supranational Institutions. Making State Comply*, Routledge, London New York, 2003, paragrafo dal titolo "Early supranational calls for sanction", pp. 74 – 76. Fra i contributi che nei primi anni '80 si concentrarono sul riconoscimento di tale principio, v.: D. WYATT, *New Legal order, or old?*, in *European Law Review*, 7, Num. 3, 1982, (pp. 147 - 166); F. SCHOCKWEILER, *L'execution des arrêts de la Cour*, in F. CAPOTORTI, *Du droit International au droit de la Integration. Liber amicorum P. Pescatore*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, (pp. 613 - 635); J. TEMPLE LANG, *Community Constitutional Law: article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 27, 1990, (pp. 645 - 681). A tale minoritaria ma lungimirante posizione dottrinale è dedicato un passaggio in J.D. JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 90 – 91.

²⁶ A tale figura abbiamo accennato nelle pagine precedenti.

²⁷ Cfr. G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004, pag. 365.

²⁸ In questo modo la Corte persegue una tecnica di armonizzazione complessa e delicata che intende risolvere la tensione istituzionale fra centralizzazione e decentralizzazione dei rimedi alla violazione del diritto comunitario. Questo dibattito, del resto, risale ai decenni precedenti, in le disposizioni comunitarie non applicate avevano raggiunto un tale numero da mettere in pericolo la stessa esistenza di un mercato unico e la prospettiva di un'Unione Economica e monetaria. A partire dai primi anni '80 erano state avanzate proposte tendenti alla decentralizzazione dei meccanismi di sanzione e di responsabilizzazione degli inadempimenti statali, il che minacciava la funzione di controllo e di applicazione accentrata della Corte di giustizia, già parzialmente screditata dalla disapplicazione delle sentenze di condanna per inadempimento del diritto

questo obiettivo, la Corte ha utilizzato una strategia che ha origine sin dagli anni Sessanta, e che consiste nell'enunciazione di principi all'interno delle sentenze, e ad una successiva assimilazione e applicazione da parte dei giudici nazionali²⁹. In altri termini si avviò un dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali atto a fissare il raggiungimento di quegli obiettivi che non potevano essere imposti alle corti nazionali come conseguenza di una relazione gerarchica³⁰.

A questo indirizzo rispondono la sentenza Francovich e la giurisprudenza successiva, che, come noto, fissano i presupposti della responsabilità, ma delegano agli Stati membri il completamento normativo della fattispecie sotto un profilo di diritto sia sostanziale sia processuale³¹. Pertanto, "in ragione del fatto che la disciplina dei presupposti della responsabilità dello Stato membro, elaborata dalla Corte di giustizia, non è sufficiente, da sola, ad affrontare e risolvere tutti i problemi con cui il giudice interno è chiamato a confrontarsi ai fini del decidere", gli ordinamenti interni svolgono un ruolo fondamentale nell'integrazione della disciplina³².

comunitario. Cfr. A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 266.

²⁹ Alla enunciazione di tali principi, e a questa tecnica utilizzata dalla Corte di giustizia nella funzione creatrice di diritto, verrà dedicato ampio spazio nel corso della trattazione.

³⁰ Pur non sussistendo, formalmente, una relazione gerarchica fra giudici nazionali e corti comunitarie, il compito del giudice nazionale di applicare il diritto comunitario si fonda sul primato e l'applicabilità diretta del diritto comunitario, che implicano la disapplicazione di qualsiasi disposizione contraria di diritto interno. A tal proposito, il legislatore comunitario ha creato una vera e propria relazione organica fra Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali, al fine dell'applicazione armoniosa e coerente del diritto comunitario. In questo quadro, si è sviluppato un dialogo fra corti comunitarie e corti nazionali, a proposito del quale Monica Claes afferma: "*In analysing the national answer to Francovich and its progeny, the focus will be on constitutional questions, mainly the liability of the legislating State, and the allocation of liability within the State*". Cit. da M. CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pag. 346.

³¹ Come vedremo nel terzo capitolo, la sua applicazione è interamente affidata ai giudici nazionali. Questo principio viene introdotto esplicitamente nella Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, in cui si afferma che il giudice nazionale può condannare il proprio Stato al risarcimento del danno subito dai singoli in conseguenza di un presunto comportamento inadempiente senza attendere che la Corte di giustizia si sia pronunciata sul merito; in questo modo si sposta dagli organi comunitari ai giudici nazionali la competenza circa la valutazione dei comportamenti degli Stati in relazione all'esecuzione del Trattato.

³² Cfr. E. CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 33. Gran parte della dottrina ha sottolineato come i presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia siano allo stesso tempo troppo vaghi e troppo restrittivi; per cui negli ultimi anni si è fatta strada la tesi che sostiene che tali presupposti andrebbero complessivamente riformati. Ci occuperemo di tale questione nel prosieguo della trattazione.

I termini della comparazione.

La responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario, se da un lato ha origine nelle sentenze della Corte di giustizia, dall'altro si sviluppa negli ordinamenti dei singoli Stati, e trova applicazione ad opera delle corti nazionali³³.

Questo elemento sollecita l'interesse del comparatista, tanto più se si considera che l'introduzione di questo principio ha messo in moto un processo di adeguamento e di trasformazione del diritto da parte degli Stati nazionali che presenta interessanti profili di criticità, legati al fatto che, parallelamente alla compenetrazione del diritto comunitario nei diritti nazionali, si assiste ad un complesso fenomeno di resistenza da parte dei diritti municipali³⁴. A questo si aggiunga che i giudici nazionali sono chiamati a giudicare in tema di conseguenze patrimoniali di violazioni del diritto comunitario e che, nel farlo, tendono ad applicare le categorie giuridiche proprie della cultura giuridica nazionale in cui si sono formati e a cui appartengono³⁵. Questi fenomeni sono stati oggetto di intenso dibattito dottrinale, che ha superato i confini nazionali ed ha condotto ad una rinnovata circolazione delle idee, che ha travalicato i limiti di applicazione del diritto comunitario, e ne ha messo in evidenza tutta la forza espansiva. Quanto appena accennato ci porta a ritenere che i termini della comparazione corrispondano a porzioni di diversi ordinamenti nazionali cui si affianca (con le complesse dinamiche che vedremo) il paradigma

³³ Ami Barav a questo proposito afferma: *"It is in the domestic forensic forum that Community rights are vindicated and it is due, mainly, to the national judges that the Court of Justice has been enabled, undeterred, to contribute to the betterment of the judicial protection of individuals vested with enforceable Community rights"*. Cit. da A. BARAV, *State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts*, in T. HEUKELS e A. McDONNEL, *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1997, (pp. 363 – 408), pag. 407.

³⁴ Intendiamo dire che attraverso l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia si è progressivamente delineata a livello comunitario una fattispecie che ha affiancato le discipline nazionali di responsabilità dello Stato, che sono estremamente radicate nelle tradizioni giuridiche nazionali. In altri termini, il paradigma comunitario della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è stato creato, e quindi si è imposto agli Stati, quando a livello statale le teorie relative alla responsabilità dello Stato si sono imposte e convertite in diritto vigente da diversi decenni.

³⁵ A proposito dei rapporti fra la Corte di giustizia e le Corti nazionali, è molto frequente il ricorso a metafore belliche. V. per esempio CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution*, parte 2, dal titolo: *"The Court of Justice and National Constitutional Jurisdictions: La Guerre des juges?"*.

comunitario, e che tale fenomeno di scambio circolare investa non solo i dati giuridici formalizzati, a si risolva, parallelamente, in una circolazione di modelli culturali³⁶.

Ai fini di cogliere questo duplice livello di circolazione, verranno approfondite le soluzioni applicative attraverso le quali lo strumento della responsabilità extracontrattuale è stato utilizzato per il raggiungimento di diversi obiettivi, di tutela dei diritti dei cittadini europei da un lato, e per il perseguimento della costruzione dell'ordinamento giuridico europeo dall'altro. A tal proposito, facciamo notare che nella figura dell'illecito dello Stato sia evidente una funzione deterrente, nel momento in cui si considera che la Corte di giustizia ha cercato in tal modo di scoraggiare gli Stati da tentativi di elusione del diritto comunitario³⁷. D'altro lato, però, appare evidente che la funzione deterrente, pur presente, non è predominante; appare viceversa in tutta evidenza la funzione compensativa di tale figura, volta, in primo luogo, ad offrire una tutela ai diritti dei soggetti danneggiati. Sulla reale funzione di questo istituto

³⁶ Diritto comunitario e diritti nazionali tendono naturalmente a fondersi, e chi affronta questo tema in ottica comparatistica non può che concentrarsi sui meccanismi di interazione fra i diversi paradigmi. A questo proposito, ricordiamo le parole di Antonio Jannarelli, secondo cui "... mi sembra in un certo senso fuorviante e comunque riduttiva una lettura che distingua sempre rigidamente il diritto interno e quello comunitario. Infatti, il diritto comunitario, una volta attuato, diventa sì diritto nazionale, ma con una singolare e straordinaria specificità che è quella di essere contemporaneamente presente anche negli altri Paesi, con la supervisione della Corte di giustizia. Ebbene, tale specificità evidenzia che lo studio di tale diritto è decisamente diverso da quello tipicamente svolto dalla tradizionale scienza comparatistica". Cit. da A. JANNARELLI, *Diritto comunitario e comparazione*, in L. MOCCIA, *I giuristi e l'Europa*, Laterza, Roma – Bari, 1997, (pp. 114 – 119), pag. 117.

³⁷ Del resto, è pacifico che fosse possibile scorgere una funzione deterrente (o sanzionatoria) anche nei principi su cui la responsabilità dello Stato si fonda, in primo luogo su quello di efficacia diretta. A tal proposito appaiono illuminanti le parole di Giuseppe Tesauro, secondo cui "l'effetto diretto, più che essere costruito come una qualità intrinseca di una direttiva, come sarebbe normale e come si verifica per le disposizioni del Trattato e per i regolamenti, risulta collegato ad un intento per così dire di tipo pedagogico, addirittura sanzionatorio, qual è quello di ovviare, per quanto possibile, alle negligenze e ai ritardi degli Stati membri nell'adempimento puntuale e corretto degli obblighi loro imposti da una direttiva. In tale prospettiva, l'effetto diretto è stato concepito ed in fatto è una vera e propria sanzione per gli Stati inadempienti, nella misura in cui attribuisce al giudice nazionale, eventualmente attraverso la cooperazione anche del giudice amministrativo, il compito – perché tacerlo, sostitutivo di quello del legislatore – di realizzare comunque lo scopo della direttiva in funzione della tutela delle posizioni giuridiche individuali in ipotesi lese dal comportamento dello Stato". Cit. da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, pag. 114. Questo è tanto più vero in relazione alla nuova figura di responsabilità dello Stato, se si pensa che essa risponde, in primo luogo, all'esigenza di assicurare la piena ed effettiva tutela delle situazioni garantite dall'ordinamento della Comunità Europea.

torneremo più avanti; per ora, intendiamo anticipare che se si interpreta l'istituto in chiave compensativa, il risarcimento del danno appare come l'ultima alternativa al godimento effettivo del diritto soggettivo riconosciuto in sede comunitaria ma negato in sede nazionale, o, se si preferisce, una forma di sostituzione del godimento effettivo con il suo corrispondente economico³⁸.

Ci prefiggiamo di considerare questi diversi aspetti nel "prisma della comparazione" fra tre diversi modelli, ricordando come la formula "responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario" assuma un diverso significato a seconda dell'ordinamento che si consideri. Come vedremo, l'illecito comunitario assume una diversa natura giuridica, e

³⁸ A tal proposito, sono illuminanti le parole dell'Avvocato Generale Tesauro, nelle Conclusioni (C-46 e C-48/93) relative alla sentenza *Brasserie du Pêcheur - Factortame III*, par. 34: "Ora, è innegabile che la violazione di una norma crea uno squilibrio, che consiste nella riduzione o nell'annullamento della situazione giuridica colpita, all'occorrenza quella di cui è titolare un singolo; è altresì indubbio che ogni situazione giuridica soggettiva, ogni "diritto" se si preferisce, ha un contenuto sostanziale ed un contenuto patrimoniale normalmente quantificabile. Garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in caso di violazione della norma che attribuisce una posizione giuridica soggettiva significa garantire il ripristino del contenuto del diritto pregiudicato dalla violazione della norma. E se a pregiudicare illegittimamente il diritto del singolo è un atto d'imperio - un atto amministrativo o una legge - è chi lo ha posto in essere che deve ripristinare il diritto del singolo o almeno il suo contenuto patrimoniale. In definitiva, il ripristino del contenuto patrimoniale è un *minus*, un rimedio minimo rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale, che resta il mezzo ottimale di tutela. Annullare l'atto illegittimo o disapplicare la legge incompatibile rispetto ad un parametro superiore di legittimità è necessario, in uno Stato di diritto. A volte, tuttavia, ciò non è sufficiente, sì che può essere necessario, per rendere reale ed effettiva la tutela, riportare in equilibrio anche il contenuto patrimoniale del diritto leso e dunque garantire il ristoro del danno. Il riequilibrio patrimoniale del diritto leso non è pertanto un *quid* di diverso o di supplementare, tanto meno di nuovo. Né rappresenta un *optional* sofisticato e remoto di un sistema giuridico che voglia e debba essere effettivo. Insomma, il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato deve trovare applicazione come rimedio sia alternativo che aggiuntivo rispetto alla tutela sostanziale; pertanto deve trovare applicazione rispetto alla violazione sia di norme sprovviste di effetto diretto, nel senso di norme non direttamente invocabili dinanzi ai giudici nazionali, sia di norme che invece danno tale possibilità". Nel corso della trattazione commenteremo la posizione di chi ha sostenuto che se l'obiettivo fondamentale di tale figura consiste nella protezione dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario e non nella sanzione allo Stato trasgressore, ne consegue che, nel momento in cui tale disposizione abbia effetto diretto orizzontale, gli stessi principi possano essere applicati a quelle situazioni in cui i diritti soggettivi siano stati violati da un altro soggetto privato. Si pensi, ad esempio, all'applicazione dell'art. 119 TCE, che proibisce la discriminazione per ragioni di sesso nelle relazioni di lavoro, il cui effetto diretto orizzontale è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia, oppure all'art. 48 TCE, che regola la libera circolazione dei lavoratori, che secondo alcuni autori avrebbe anch'esso efficacia diretta orizzontale. A tal proposito, v. J. STEINER, L. WOODS e C. TWIGG-FLESNER, *EU Law*, Oxford University Press, Oxford - New York 2006, pag. 30. Tale tesi è espressa in J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho Comunitario: evolución jurisprudencial reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 23, 2, 1996, (pp. 505 - 538), pag. 536.

talvolta esce dalle tradizionali categorie della responsabilità³⁹. Per cui, ci riferiamo ad una figura difficile da definire, che non di rado sfugge ai canoni della responsabilità extracontrattuale, anche perché non di rado deriva da fattispecie che in ottica di diritto nazionale risultano del tutto lecite. A proposito della natura mutevole della figura che ci apprestiamo a considerare, vengono in mente le parole di Oliver Wendell Holmes, che nel 1899 affermava: "Non è affatto vero che nella realtà pratica (ed io non conosco ragione alcuna per la quale la teoria dovrebbe essere in disaccordo con la realtà dei fatti) una data parola, o finanche una determinata combinazione di parole, abbia un solo significato e nessun altro. Una parola ha generalmente vari significati, perfino nel dizionario"⁴⁰. Questa affermazione nel nostro caso è tanto vera che non esiste un'espressione che racchiuda in sé ed esaurisca la natura mutevole del concetto che ci apprestiamo ad esaminare.

³⁹ Si pensi all'ultima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui, in tema di normativa italiana incompatibile con il diritto comunitario, le conseguenze patrimoniali di tale violazione devono essere qualificate come obbligazione *ex lege* dello Stato, e non come applicazione dell'art. 2043 c.c. Cass. SS.UU. 17 aprile 2009, n° 9147. Mass., 2009, 475.

⁴⁰ Cfr. *The Theory of Legal Interpretation*, in O.W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, New York, 1920, pag. 203.

L'individuazione del metodo.

Il metodo, inteso in termini generali come un modo di ragionare indirizzato al raggiungimento di uno scopo⁴¹, costituisce, come noto, l'elemento intorno a cui si sono animati i più accesi dibattiti da parte degli studiosi del diritto comparato, e le questioni ad esso relative meritano particolare attenzione da parte di chi si accinga a svolgere una ricerca comparatistica. Il giurista è uno scienziato, e come tutti gli scienziati, al momento di mettersi all'opera deve scegliere il metodo da seguire; d'altro canto, è evidente che l'intima correlazione fra metodo, i fini e il contenuto di una ricerca fa sì che non si possa determinare il metodo di indagine a prescindere dall'oggetto da analizzare e dal fine che si intende perseguire⁴². La riflessione sul metodo da seguire non è pertanto da intendersi come un passaggio di maniera; all'opposto, appare decisivo per il successo dell'operazione nel suo complesso, perché da esso dipende direttamente il suo valore scientifico. A questo scopo appaiono utili, ma non risolutive, le riflessioni metodologiche svolte di volta in volta dai cultori delle diverse branche del diritto, perché il tema di cui stiamo trattando non è facilmente inquadrabile in nessuna delle partizioni giuridiche tradizionali. A questo proposito, alcuni autori hanno sottolineato che, a proposito della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, il contributo del comparatista è logicamente successivo rispetto ai cultori di altre branche del diritto, quali il comunitarista, il costituzionalista, l'amministrativista e il civilista⁴³. La fattispecie viene infatti elaborata in

⁴¹ Definizione fornita da Basil Markesinis in B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 64.

⁴² In relazione ai diversi approcci metodologici, e in particolare alle differenze di metodo fra diritto pubblico comparato e diritto privato comparato, v. il capitolo V, intitolato "Il metodo della comparazione", in R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 69 – 89.

⁴³ Cees Van Dam si è soffermato sul ruolo che la comparazione giuridica può svolgere in relazione allo "european tort law" e, in particolare, alla formazione di un *jus commune* relativo al regime di responsabilità per violazione del diritto comunitario. A tal proposito afferma: "Here, comparative law is the mirror for National law and instrument to avoid gaps between legal systems to grow and perhaps sometimes to provide support to make the gaps smaller. Because differences in structure will linger on, the interesting issues are about the substance of the law". Cit. da C. VAN DAM, *European Tort Law* Oxford University Press, Oxford – New York, 2006, pp. 16 – 17.

primo luogo in sede comunitaria, e consiste in un rimedio ad un inadempimento di un obbligo che gli Stati hanno assunto nel momento in cui hanno accettato lo *status* di membri dell'Unione Europea. All'interesse del comunitarista si aggiunge quello dello studioso del diritto pubblico, nel momento in cui lo studio si concentra sul rapporto intercorrente fra lo Stato nazionale e l'organizzazione sopranazionale, cui ha aderito attraverso la stipula di uno o più atti formali e la modifica della Costituzione. Il pubblicista, a questo proposito, si concentra anche sul mutamento del ruolo del legislatore, della pubblica amministrazione e dei giudici in seguito all'apertura dell'ordinamento nazionale al diritto comunitario. Particolari questioni dottrinali e resistenze nazionali ha suscitato la configurazione della responsabilità dello Stato legislatore, nel quadro delle limitazioni alle competenze del legislatore statale (e dei legislatori regionali)⁴⁴. Il legislatore incontra infatti nel diritto comunitario un nuovo parametro di legalità; gli atti normativi devono infatti essere compatibili non solo con il dettato costituzionale, ma anche con il diritto comunitario, originario e derivato. Il diritto comunitario vincola il legislatore non solo nel senso che quest'ultimo non può legiferare in modo da violare la normativa comunitaria; a ciò si aggiunga la questione relativa al comportamento omissivo del legislatore che, chiamato ad attivarsi per recepire una direttiva, rimanga inerte, e, di conseguenza, non ottemperi ad uno degli obblighi fondamentali degli Stati membri (art 10 TCE). Nel momento in cui dalla violazione del diritto comunitario deriva una forma di responsabilità pubblica interviene l'amministrativista, chiamato ad applicare le categorie proprie della responsabilità delle pubbliche amministrazioni⁴⁵; inoltre, tale specialista sarà chiamato ad intervenire nel momento in cui, a proposito di

⁴⁴ A tal proposito, Giannantonio Benacchio afferma che "il principio della responsabilità dello Stato nei confronti del cittadino rappresenta, forse, il più elevato livello di espressione della capacità del diritto comunitario di attribuire diritti ai singoli cittadini; in effetti, affermare che questi ultimi possono chiedere allo Stato il risarcimento del danno in conseguenza della mancata attuazione di una direttiva significa ridimensionare il principio della libertà e della discrezionalità del potere legislativo e non può non incontrare forti resistenze". Cit. da G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, IV edizione, Cedam, 2008, pp. 136 – 137. Per un riferimento a tale questione dal punto di vista dell'ordinamento italiano, v. R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, Napoli, 2006.

⁴⁵ Come vedremo, la responsabilità della Pubblica Amministrazione trova applicazione anche in caso di violazione consistente in applicazione, da parte del soggetto pubblico, di legislazione nazionale contraria con il diritto comunitario.

responsabilità dello Stato da cattivo esercizio di attività amministrativa. Il tema non è quindi monopolio di nessuna branca del diritto, e può essere portato come esempio paradigmatico da parte di coloro che sostengono che la canonica separazione fra diritto pubblico e diritto privato debba essere rivista⁴⁶.

D'altra parte, benché la prospettiva comparatistica arrivi in un momento successivo rispetto ad altri approcci propri della scienza giuridica, ciò non significa che il comparatista che scelga di affrontare questo tema stia compiendo una scelta eccentrica. Al contrario, si tratta di una questione che si presta all'indagine comparatistica, non solo in relazione al confronto fra i modelli, ma anche in quanto tema intimamente connesso a quelli dell'istituzionalizzazione dell'Europa, della formazione del diritto europeo, e dei meccanismi e strumenti dell'integrazione giuridica, che sono abituale oggetto di indagine da parte di molti autorevoli comparatisti non solo europei⁴⁷. A tal proposito si può aggiungere che gli strumenti metodologici

⁴⁶ La tesi è sostenuta anche in G. AJANI, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2001, (pp. 1589 – 1611) e in R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992. A proposito del valore e degli approcci (ideologico e istituzionale) su cui si fonda la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, v. BELL, *Comparative Administrative Law cit.*, pp. 1262 – 1264. A tal proposito, Ermanno Calzolaio sostiene che il tema conduce a ripensare alla certezza sistemologica circa l'esistenza di una netta dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, negli ordinamenti dell'Europa continentale, come ordinamenti "a diritto amministrativo". Cit. da CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno cit.*, pag. 35.

⁴⁷ Un tema prediletto da una parte importante della dottrina comparatistica consiste nell'armonizzazione del diritto, nel rapporto fra l'armonizzazione giuridica e la costruzione dello spazio giuridico europeo, nei metodi di armonizzazione e nel complesso rapporto fra armonizzazione, unificazione e rispetto delle diversità. Per un contributo relativo al significato semantico del termine "armonizzazione" e, più in generale, per una sintesi delle questioni poc'anzi accennate, v. M.B. DEMBOUR, *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, European university Institute Working Paper Law, vol. 96/4, Firenze, 1996. Per una raccolta di articoli relativi alla costruzione giuridica e politica dell'Europa, v. A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ e N. FLIGSTEIN (ed.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, New York, 2001; in particolare v. il contributo, intitolato "*The institutionalization of European Space*", pp. 1 – 28. Per una panoramica relativa agli strumenti istituzionali utilizzati ai fini del perseguimento dell'integrazione giuridica all'interno dell'Unione Europea, v., fra gli altri, G. GAJA, P. HAY, R. ROTUNDA, *Instruments for legal integration in the European Community. A review, Integration Through Law*, vol. 1. Methods, Tools and Institutions, De Gruyter, Berlin, 1985, (pp. 117 - 138). Inoltre, è d'obbligo un riferimento a quell'approccio comparatistico teso a sottolineare la comunicazione e l'avvicinamento fra normative nazionali conseguenti al rispetto di principi sovrastatali che trovano effettiva tutela giurisdizionale nella Corte di giustizia, che svolge un ruolo determinante nella creazione di un diritto amministrativo comunitario soprattutto per quanto attiene alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. La dottrina si riferisce ad un diritto amministrativo comunitario inteso non come complesso di norme secondarie che trovano applicazione da parte di una pubblica amministrazione comunitaria, ma come

della comparazione, e il ragionamento in termini di dissociazione ed interazioni di formanti, sono fondamentali ai fini dell'analisi della fattispecie dell'illecito comunitario. Tale considerazione appare immediatamente dimostrata se si considera la natura pretoria della fattispecie, e, più in generale, la valorizzazione del ruolo del giudice, a discapito della funzione svolta dai legislatori nazionali⁴⁸.

Tornando a considerazioni più propriamente di metodo, appare evidente che la peculiarità del problema e gli elementi di criticità influenzino l'itinerario metodologico da seguire⁴⁹. A questo proposito, la considerazione sulla natura complessa dell'istituto, nella cui costruzione intervengono diversi formanti su multipli livelli, e soprattutto l'interesse per le sue applicazioni pratiche come rimedio a tutela dei diritti, conduce a valutare con particolare attenzione il dato giurisprudenziale. I casi pratici giudicati dai tribunali nazionali saranno quindi il fulcro intorno a cui ruoterà la trattazione. In questo modo ci si discosta dall'impostazione maggioritaria, orientata ad un'analisi molto approfondita del paradigma

"approccio metodologico che muove dalla ricerca di principi comuni nelle normative nazionali da armonizzarsi secondo la prospettiva dell'integrazione comunitaria di cui al Trattato sull'Unione Europea". Cit. da v. G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, Introduzione. A proposito della creazione di un diritto amministrativo europeo, considerato come elemento cardine per l'istituzionalizzazione di un'Europa del diritto, v. M. SHAPIRO, *The institutionalization of European Space*, in W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET e N. FLIGSTEIN, *The institutionalization of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, (pp. 94 - 112).

⁴⁸ Molti contributi sono stati dedicati allo strumento con cui la Corte di giustizia ha svolto il ruolo di creatrice del diritto. Il tema dei "*general principles of law*" nell'ambito del "*Community Legal Order*" è approfondito, fra gli altri, in H.G. SCHERMERS e D.F. WAELBROCK, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2001, pp. 28 – 137. Il ruolo della Corte di giustizia come creatrice del diritto e, soprattutto, delle sue sentenze come fonte del diritto con efficacia vincolante, è stato oggetto di numerosi contributi da parte di gran parte della dottrina comparatistica. Infatti, il fatto che la giurisprudenza comunitaria abbia assunto il rango di vera e propria fonte del diritto anche nei paesi di *civil law* ha destato l'interesse dei comparatisti, perché tradizionalmente il diritto di creazione giurisprudenziale e il valore vincolante del precedente sono temi estranei alla tradizione giuridica dell'Europa continentale. Per quanto riguarda i principi enunciati nelle sentenze della Corte di giustizia, Maurizio Lupoi (M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, (pp. 234 - 262)) opera la distinzione fra sentenza – regola e sentenza – caso e sottolinea che bisogna sempre considerare il fatto che tali sentenze scaturiscono da casi concreti e che ogni sentenza ha in primo luogo l'obiettivo di risolvere singoli casi e non di enunciare principi giuridici validi in assoluto. Per un quadro generale sui principi del diritto comunitario, v. T. TRIDIMAS, *The general Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2000.

⁴⁹ Questo concetto viene approfondito nel primo capitolo, intitolato "Elementi e problemi del metodo comparativo", in L.J. CONSTANTINESCO, *Il Metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 4 - 42.

comunitario, e quindi delle sentenze della Corte di giustizia, e, per contro, ad un riferimento alle applicazioni nazionali del principio sempre piuttosto sbrigativo. Infatti, se ragioniamo in termini assoluti ci accorgiamo che il tema è stato oggetto di numerose analisi da parte di diversi cultori del diritto; da questo punto di vista, di certo non si può dire che si tratti di un argomento poco trattato. I contributi che trattano del tema sono numerosissimi, gli articoli che trattano della responsabilità per violazione del diritto comunitario, a partire dalla celeberrima sentenza Francovich sono innumerevoli, e, pertanto, ci si può interrogare sull'opportunità di svolgere una ricerca su un tema già ampiamente trattato.

La sollecitazione ad una riflessione comparatistica muove in primo luogo da una considerazione di ordine metodologico; l'intento di questa ricerca consiste nell'affrontare l'analisi della figura dell'illecito comunitario utilizzando un approccio di tipo casistico. Pertanto, particolare attenzione sarà dedicata alle sentenze emesse dalle corti nazionali, in modo da analizzare le applicazioni pratiche del paradigma costruito dalla Corte di giustizia⁵⁰. Ciò non toglie, evidentemente, che si farà tesoro dei contributi disponibili, soprattutto in relazione ai termini della comparazione ed al paradigma comunitario in particolare. Ma i casi pratici saranno posti in particolare evidenza al momento della comparazione in senso stretto, che costituisce l'oggetto principale della nostra ricerca⁵¹. Infatti, la dissociazione del formante operativo rispetto al formante concettuale e, pertanto, la distinzione fra declamazioni e regole operative, implica di

⁵⁰ Anche da questo punto di vista, il contributo dei comparatisti è stato decisivo, in particolare in relazione alle modalità con cui la Corte di giustizia ha svolto la funzione di creazione del diritto attraverso la giurisprudenza. Numerosissimi contributi sono stati dedicati al valore vincolante delle sentenze, ed allo *stare decisis*. A tal proposito, v. H.W. BAADE, *Stare Decisis in Civil-Law Countries: The Last Bastion*, in P. BIRKS e A. PRETTO, *Themes in Comparative Law. In Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, pp. 3 – 20. Per un contributo che approfondisce la creazione del diritto da parte dei giudici e il fenomeno dello “*stare decisis*”, v. M. SHAPIRO e A. STONE SWEET (ed.), *On Law, Politics, & Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002, capitolo secondo, intitolato “*Judicial Law-making and Precedent*”, pp. 90 – 135. Per quanto riguarda il contributo del comparatista nell'opera di analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, v. M. KIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 2001, Capitolo Terzo “*Comparative Law in European Legal Adjudication*”, sezione seconda “*Comparative law in the European level case law*”, pp. 99 – 193.

⁵¹ Cfr. R. SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in R. SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, (pp. 241 - 265).

riservare una particolare attenzione nei confronti del dato giurisprudenziale⁵². Tale metodo, se non è stato spesso utilizzato nelle indagini relative alla responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario, è stato viceversa molto frequente nelle riflessioni giuridiche da diversi decenni. A questo proposito possiamo ricordare che Mauro Cappelletti nei primi anni '80 sostenne di applicare il metodo fenomenologico, "rifuggendo dunque dalle pure speculazioni concettuali e ricercando invece una continua aderenza ai fatti, ai dati, agli sviluppi e alle tendenze evolutive della realtà"⁵³. Del resto, così come insegna Rodolfo Sacco, l'attenzione al dato giurisprudenziale non caratterizza esclusivamente la comparazione giuridica, ma è propria di qualsiasi metodologia non dogmatizzante. Ciò che caratterizza il comparatista consiste, piuttosto, nell'"accettare la presenza di tutti i formanti dell'ordinamento, e ridurre ognuno di essi alle dimensioni che gli competono, senza illusioni ottiche capaci di far vedere ingrandite le figure più generali (definizioni d'insieme) e di nascondere le regole di dettaglio; ma anche senza errori di prospettiva che rendano invisibili le figure più astratte. (...) Il diritto non è un fenomeno compatto come lo descriverebbe chi vedesse all'opera un legislatore solitario, un professore che ne interpreta la volontà, un giudice che dà esecuzione ai suoi precetti. Il giurista sistematico deve postulare la compattezza (sincronica) dell'ordinamento. Il comparatista ha una visione storica, realistica, diacronica, e dissocia i formanti"⁵⁴.

D'altro canto, l'obiettivo, oltre alla misurazione dei dati fattuali, consisterà nell'individuare le relazioni fra i diversi formanti, ordinamenti e paradigmi. Pertanto, l'attenzione verterà anche sulla dottrina, che pur non essendo fonte del diritto in senso stretto, ha sicuramente contribuito all'evoluzione della giurisprudenza, e in generale si è lungamente concentrata nell'opera

⁵² A tal proposito, v. AJANI, *Sistemi giuridici comparati cit.*, pag. 20.

⁵³ L'autore prosegue affermando che "Si tratta, ovviamente, di un metodo che è portato a valersi continuamente della comparazione, poiché questa offre appunto al ricercatore quelle possibilità di un'analisi fenomenologico-sperimentale, che le scienze sociali – tra cui quella giuridica –, a differenza di altre scienze, non sono in grado di compiere artificialmente «nelle provette del laboratorio»". Cit. da M. CAPPELLETTI, *Giudici Legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 9.

⁵⁴ Cit. da SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo cit.*, pp. 251 – 253.

di interpretazione e ricostruzione del tema in questione⁵⁵. A tal proposito, infatti, la bibliografia è molto vasta, e nei diversi ordinamenti ha svolto un ruolo fondamentale nell'approfondimento scientifico, nella sollecitazione all'intervento legislativo, e nel suggerimento di nuove soluzioni ai giudici nazionali chiamati a dirimere le controversie. In Francia la dottrina ha approfondito in special modo la responsabilità dello Stato in quanto pubblica amministrazione, ovvero la responsabilità per atto amministrativo non conforme al diritto comunitario⁵⁶. D'altro canto, la dottrina spagnola ha affrontato in termini altrove inediti le questioni relative alla responsabilità per violazione da parte degli enti locali. L'analisi di questi contributi aiuterà ad approfondire alcuni aspetti, relativi alla responsabilità dello Stato, che in Italia sono stati per ora meno considerati. Inoltre, lo studio dei contributi dottrinari stranieri ci aiuterà a considerare il caso italiano affrancandoci dalla logica e dai pregiudizi propri della nostra prospettiva. Per cogliere l'effettiva applicazione del principio e svolgere, pertanto, una comparazione ad un livello profondo, è quindi necessario esaminare i

⁵⁵ A proposito del ruolo della dottrina come fonte del diritto, Ugo Mattei afferma: *"Scholarly writings have never been considered an official source of law in the Western Legal tradition, but scholarly writings have nevertheless played a decisive role in framing legal rules. First, they play an extensive role in the preparation of statutes. Some governments sponsor extensive scholarly efforts before taking legislative action. In addition to official efforts, codes and statutes are modeled on independent scholarly works. Second, legal doctrine plays a crucial role as a "transnational factor". Scholars disseminate legal knowledge throughout the world, despite political and linguistic barriers. Third, most legal authors are law professors; future attorneys and judges are their students, and the student's way of thinking about a legal problem is likely to be influenced by the approach taken by their teachers. Through this indirect avenue, legal scholarship frames a very substantial number of legal rules and doctrines. Finally, a legal system is in part what scholars say it is: it includes not only positive enactments but also all those frameworks, those general categories, used to classify and order enactments"*. Cit. da U. MATTEI, *The comparative relationship among Sources of Law*, in *Comparative Law and Economics*, 1997, (pp. 101 – 121).

⁵⁶ La dottrina amministrativistica francese è tradizionalmente molto attiva a proposito di responsabilità dei pubblici poteri, e l'opera di alcuni autori è stata fondamentale oggetto di studio e di imitazione presso altri ordinamenti. Si pensi all'opera di Léon Duguit e di Maurice Hauriou. In tempi più recenti, gli autori francesi non hanno smarrito il ruolo di denuncia e di suggerimento nei confronti di giudici e legislatore. Ad esempio, la recentissima riforma del controllo di costituzionalità è giunta dopo un lungo periodo in cui la dottrina aveva denunciato l'inadeguatezza e l'eccentricità del controllo di legittimità costituzionale in capo al *Conseil Constitutionnel*, che, fino a tale intervento, era meramente astratto e a priori. A seguito di una riforma approvata nel 2008, è stata introdotta la possibilità di esercitare un controllo a posteriori in via incidentale, attraverso un rinvio al *Conseil Constitutionnel* da parte della Cassazione o del Consiglio di Stato, qualora un giudice, nel corso di un giudizio, ritenga che una disposizione legislativa sia in contrasto con un diritto costituzionalmente garantito. Cfr. E. GROSSO, *La Francia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE e G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009, (pp. 158 – 195), pp. 188 - 189.

modelli stranieri nella complessità delle fonti attraverso le quali si manifesta in un dato ordinamento⁵⁷. Seguendo le parole di Constantinesco, “il giurista deve necessariamente analizzare tutti gli elementi e aspetti del problema: diritto positivo, dottrina, giurisprudenza, prassi amministrative e commerciali, pratiche e tradizioni giudiziarie, consuetudini, usi, ecc. Soltanto a questo prezzo lo studioso può aspirare a una conoscenza completa ed esatta del termine. La necessità di conoscere le regole del diritto applicato, così come funzionano nella vita pratica e non soltanto come appaiono nei testi, spiega perché la ricerca sociologica appartenga al metodo comparativo. E' in questa prospettiva che si può distinguere il diritto vivente (*living law*) dal *law in the books*”⁵⁸.

Prima di affrontare il tema della *cross-fertilisation*, ovvero della reciproca influenza fra paradigmi, che è stata oggetto di riflessione da parte di autorevoli esponenti della dottrina comparatistica, si intende dedicare un passaggio alla forma che assumerà il seguito dell'esposizione. L'esposizione avrà una forma successiva, e non simultanea. In primo luogo si tratterà del paradigma comunitario, e in secondo luogo ci si concentrerà sui paradigmi nazionali. In questo modo intendiamo approfondire il tema della (reale o presunta) coerenza interna dei regimi nazionali di responsabilità dello Stato, per poi concentrarci nell'operazione propriamente comparatistica. Pertanto, ai capitoli dedicati ai diversi paradigmi seguirà una sezione dedicata alla misurazione delle strutture differenziali, in modo da proporre un'analisi critica in linea con la terza tesi di Trento, secondo cui “la comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree”⁵⁹. In questo modo, l'impostazione successiva dell'esposizione non impedirà di cogliere i profili di criticità che in generale vengono meglio evidenziati optando per un'impostazione simultanea dello schema comparativo.

⁵⁷ Usiamo a proposito l'espressione utilizzata in M. VAN HOECKE, *Deep Level Comparative Law*, EUI Working Papers, European University Institute, Florence, 2002.

⁵⁸ Cfr. CONSTANTINESCO, *Il Metodo comparativo cit.*, pag. 152.

⁵⁹ Per un approfondimento relativo alle cinque “tesi di Trento”, adottate da un gruppo di studiosi nel 1987, v. AJANI, *Sistemi giuridici comparati cit.*, pp. 3 – 31.

Il processo di cross-fertilisation.

Come sappiamo, i cittadini danneggiati a causa di una violazione del diritto comunitario dovranno rivolgersi alle corti nazionali (e non, pertanto, alla Corte di giustizia), e tali tribunali giudicheranno applicando la disciplina dettata in sede comunitaria, ed integrata, sotto il profilo sia sostanziale sia processuale, dal diritto interno⁶⁰. Per cui saranno i giudici nazionali, nelle vesti di “Corti comunitarie”, ad applicare i rimedi alla violazione del diritto comunitario⁶¹.

Nel corso del capitolo abbiamo più volte sottolineato che a fronte di un paradigma unitario creato dalla Corte di giustizia, esistono diverse applicazioni di tale principio a seconda dell'ordinamento statale che si consideri. Di conseguenza, per ambire ad un'analisi completa e approfondita della responsabilità dello Stato, sarà necessario analizzare

⁶⁰ La dottrina ha sottolineato come l'ambiguo rinvio, operato dalla Corte di giustizia, alle legislazioni degli Stati membri facesse sì che l'applicazione avrebbe potuto essere conseguita attraverso diverse strade. Una prima strada consisteva in un intervento del legislatore nazionale in modo da creare a livello normativo una nuova figura di responsabilità civile. Questa strada, seppur configurabile in astratto, non è mai stata seguita, perché costellata da difficoltà di ordine politico-istituzionale; d'altra parte, in questo modo si sarebbe giunti all'irrigidimento di una fattispecie che muta a seconda dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia. Per cui, come sappiamo, si preferì seguire la strada consistente nella ricerca, all'interno degli ordinamenti nazionali, delle norme compatibili con la disciplina comunitaria, e nella loro progressiva applicazione alla figura elaborata dalla Corte di giustizia.

⁶¹ In termini generali, ricordiamo che i giudici nazionali svolgono un ruolo talmente rilevante nella tutela dei diritti derivanti ai singoli dall'attuazione del diritto comunitario, da essere qualificati, secondo espressioni frequenti, come “giudici comunitari di diritto comune” o come “giudici decentrati del diritto comunitario”. I giudici nazionali esercitano competenze comunitarie secondo tre linee direttrici: la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con norme comunitarie previste di efficacia diretta, l'interpretazione conforme delle disposizioni nazionali ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario, e, ovviamente, il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario. Art. 19 TCE: “La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. A questo proposito, Federico Gustavo Pizzetti sottolinea che tale circostanza costituisce un esempio significativo della peculiare struttura del *judiciary* europeo, in contrapposizione al modello nordamericano, caratterizzato, come noto, da una doppia e completa giurisdizione federale e statale. V. F.G. PIZZETTI, *The King can do wrong: la responsabilità civile del legislatore nella giurisprudenza comunitaria*, in *Biblioteca della Libertà*, 2000, (pp. 91 - 116), pag. 92. Il rapporto fra Corte di giustizia e Corti nazionali è approfondito in A. SLAUGHTER, A. STONE SWEET e J.H.H. WEILER (ed.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

gli elementi, di diritto interno sia sostanziale sia processuale, sia pubblico sia privato, rilevanti ai fini della sua applicazione. Le ampie prospettive di riflessione che tale fenomeno suscita hanno stimolato l'intervento di molti commentatori. D'altra parte, tale interesse è continuamente rinnovato, perché si tratta di un istituto in continua evoluzione, grazie all'impulso della giurisprudenza della Corte di giustizia, da un lato, e dei tribunali nazionali, dall'altro. A ciò si aggiunga che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, che trova origine nella giurisprudenza comunitaria, potrebbe essere portato ad esempio per criticare il principio di unità⁶². Infatti, si tratta di una figura composita, in cui intervengono diversi formanti a diversi livelli, di natura complessa e proteiforme, secondo una celebre definizione⁶³.

Seguendo l'impostazione tradizionale dell'indagine comparatistica, un primo obiettivo consiste nell'accertare le differenze e le somiglianze fra diversi ordinamenti, dando conto del processo di *cross-fertilisation*, che consiste in un processo circolare, di movimento dall'alto della Corte di giustizia verso il diritto municipale (con i connessi fenomeni di recezione e di resistenza) e, d'altra parte, di un'influenza in senso opposto, da parte dei paradigmi nazionali sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale movimento circolare, dal piano comunitario a quello statale e viceversa, ha dato luogo, secondo le parole di Antonio Lazari, ad un'"esperienza di conversione" al paradigma comunitario dei diritti nazionali, tanto che i

⁶² Cfr. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., pp. 47 - 48.

⁶³ Definizione fornita in G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in G. ALPA, *Diritto Privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, (pp. 562 - 593). La complessità è data dal fatto che le regole plasmate in sede comunitaria sono integrate da quelle proprie degli ordinamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda il nesso causale e l'entità del danno risarcibile. La natura proteiforme dipende dal fatto che ogni Stato membro applica parzialmente le proprie regole, "e così si avranno ordinamenti in cui si applicano regole comuni, altri in cui si applicano le regole speciali, altri ancora in cui vige un sistema misto". Questo tema sarà oggetto di ampio approfondimento nel corso della trattazione. A proposito dell'importanza dei diritti nazionali nel delineare il diritto al risarcimento, v. T. TRIDIMAS, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An assessment of the Case Law*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 11 - 33), Sezione dal titolo "*The right to reparation: the importance of national law*", pp. 27 - 28.

regimi nazionali di responsabilità pubblica, pur rimanendo formalmente intatti, hanno visto progressivamente mutare i profili giuridici di fondo⁶⁴.

Il tema che intendiamo approfondire è stato oggetto di frequenti riflessioni, che si sono concentrate sui principali profili di cui tale complesso istituto è composto. Fra queste diverse prospettive, parallele e concorrenti, spicca quella che si fonda sul carattere misto di questa fattispecie, che abbiamo anticipato all'inizio della sezione, sottolineando che se i giudici della Corte di giustizia hanno avuto il merito di consacrare il principio a livello comunitario, e di stabilire i presupposti della responsabilità dello Stato, per il resto, la costruzione di tale istituto è spettata alle corti nazionali, in particolare in relazione ai rimedi volti alla tutela effettiva dei diritti⁶⁵. Riservandoci di tornare sull'approfondimento di questi elementi, vogliamo accennare ad alcuni aspetti relativi alla valenza di tali sentenze della Corte di giustizia, ed alle dinamiche intercorrenti fra modello comunitario e modelli nazionali.

Un primo elemento che merita di essere approfondito attiene ai fenomeni di convergenza che l'elaborazione di una paradigma comunitario tende inevitabilmente ad avviare. Infatti, la disciplina della responsabilità per violazione del diritto comunitario è uno degli esempi più evidenti di influenza del diritto comunitario sui diritti nazionali, tanto più se si considera che l'istituto ha natura sussidiaria, di strumento di tutela finalizzato all'armonizzazione giuridica ed alla tutela dei diritti soggettivi⁶⁶.

⁶⁴ Per descrivere tale fenomeno, l'autore ha fatto ricorso al paradosso della nave di Teseo, anticamente utilizzato per esporre la questione metafisica circa l'identità di un oggetto, una volta sostituiti tutti gli elementi che lo compongono. Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato cit.*, pag. 285.

⁶⁵ A questo proposito, v. TRIDIMAS, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law cit.*, pag. 27.

⁶⁶ A tal proposito, richiama l'affermazione di Granger, secondo cui la "dottrina Francovich" si modella "*into the national tort rules and procedures, in a way which is promising for the future of legal interpretation in Europe. The Francovich doctrine and its national uses provide a great illustration of the pluralist mode of construction of the European legal order, in a spirit of "unity in diversity"*". Cit. da M.P. GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, in *European Law Review*, 32, 2, April 2007, (pp. 157 - 192), pag. 192. Gli amministratori si riferiscono ad un "diritto amministrativo europeo in formazione", che si traduce non solo nell'affermazione di principi generali di natura amministrativa applicabili nella elaborazione e applicazione del diritto comunitario, ma anche nell'armonizzazione dei sistemi amministrativi nazionali indotto dalla definizione di categorie giuridiche di natura amministrativa a livello comunitario. Un esempio classico di questo fenomeno consiste nella creazione di un substrato comune ai differenti regimi di responsabilità patrimoniale degli Stati membri a partire dalla definizione e applicazione dei presupposti

Per riferirsi a questo processo, è stato utilizzato il termine *cross-fertilisation*, che richiama un concetto niente affatto sconosciuto ai cultori del diritto comparato. Con questo termine, mutuato dalla terminologia botanica, si è cercato di affiancare (e, in qualche modo contrapporre) la dinamica della fertilizzazione incrociata a quella, celeberrima, del trapianto giuridico. Di seguito, intendiamo esporre i termini della questione, e proporre alcuni interrogativi cui cercheremo di dare risposta nel corso della trattazione.

Al dibattito relativo alla *cross-fertilisation* hanno offerto un contributo essenziale coloro che hanno trattato l'argomento dal punto di vista del diritto pubblico, e che per primi hanno chiarito perché, al concetto di *legal transplant* si preferisce quello di *fertilisation*. Il trapianto giuridico è definito da Alan Watson come "*the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another*"⁶⁷, il che fa presupporre che una porzione di diritto possa essere trapiantata nel sistema ricevente così come un organo può essere trapiantato da un corpo ad un altro, e, analogamente alla sfera medica, tale operazione possa avere esito positivo o negativo: "*A succesfull legal transplant – like that of o human organ – will grow in its new body, and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection*"⁶⁸.

D'altro canto, la *cross-fertilisation* è un fenomeno meno diretto, di circolazione di tipo culturale, perché non implica una importazione di nuovo diritto da parte degli Stati membri, ma consiste, piuttosto, in uno sviluppo organico dei diritti nazionali, dovuto ad una sollecitazione esterna, costituita, in questo caso, dal diritto comunitario⁶⁹. A questo proposito, chi ha analizzato il fenomeno dal punto di vista del diritto

della responsabilità patrimoniale per violazione del diritto comunitario stabiliti dalla Corte di giustizia. Il tema sarà trattato nel corso dell'ultimo capitolo.

⁶⁷ Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law.*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, pag. 21.

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pag. 27.

⁶⁹ A proposito delle differenze fra "*Cross-fertilisation*" e "*legal transplants*", v. J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 147 - 165).

pubblico ha sottolineato che, per quanto riguarda i regimi di diritto amministrativo, a causa dell'intima connessione dell'architettura dei sistemi di diritto amministrativo con i sistemi e meccanismi istituzionali dei singoli Stati, ben difficilmente si assiste a fenomeni di trapianto giuridico. In altri termini, il paradigma comunitario deve essere applicato all'interno di sistemi nazionali piuttosto diversi fra loro, e quindi sembra che il fenomeno di *cross-fertilisation* possa essere concettualmente più facile da prefigurare⁷⁰. Tra l'altro, la proposizione di tale meccanismo intende avvicinare le posizioni relativiste ed universaliste in relazione ai trapianti giuridici, ovvero le tesi di chi enfatizza l'incommensurabilità dei sistemi, intesi come cultura, tradizione e mentalità, rispetto a coloro che si dimostrano più ottimisti nei confronti dei fenomeni di comunicazione fra sistemi⁷¹. La proposizione di una forma meno invasiva di circolazione dei modelli mette a nudo il fatto che intorno ai trapianti giuridici si è animato un dibattito fondato su reciproche caricature: infatti, se da un lato è impensabile il trapianto giuridico inteso come trasferimento meccanico e decontestualizzato, è altrettanto improbabile sostenere l'incommensurabilità dei sistemi *tout court*, perché ciò significherebbe negare alla radice ogni forma di circolazione dei modelli, il che non è seriamente in discussione. La *cross-fertilisation* si pone, pertanto, come soluzione di sintesi delle due posizioni, perché da un lato riconosce l'esistenza di paradigmi nazionali facilmente distinguibili, ma dall'altro tende a dimostrare la comunicazione fra i vari modelli statali, che interagiscono con il modello sopranazionale⁷².

⁷⁰ A tal proposito, Antonio Lazari afferma che "il modello comunitario non si può risolvere in un mero processo di *legal transplantation*: lo schema normativo forgiato nelle aule di Lussemburgo deve essere calato nelle diverse realtà nazionali, colorandosi volta per volta di sfumature diverse. Esso rappresenta "*a model for potential cross-fertilisation*", non per un'azzardata od indesiderata operazione di *legal transplantation*". Cit. da LAZARI, *Modelli e paradigmi cit.*, pp. 271 – 272.

⁷¹ "E' così necessario rifarsi agli autori che nell'ambito degli studi di teoria della comparazione si sono in buona parte divisi fra una posizione universalista, che assume la piena fruibilità di regole elaborate in certi contesti culturali all'interno di altri contesti, e una posizione relativista, che oppone l'incommensurabilità, l'impossibilità di confrontare, quale criterio di relazione fra i diversi ordini giuridici". Tratto da AJANI, *Sistemi giuridici comparati cit.*, pag. 36.

⁷² Questa prospettiva, peraltro, non era affatto negata da Watson, che affermava che recezioni e trapianti presentano una varia tipologia, tanto che "*one might think also of an imposed reception, solicited imposition, penetration, infiltration, crypto-reception, inoculation and so on, and it would be perfectly possibile to distinguish these and classify*

Tornando all'applicazione di tali categorie alla figura in questione, sembra opportuno proporre alcune riflessioni di insieme. In primo luogo, nel caso dei fenomeni collegati alla costruzione del principio da parte della Corte di giustizia, la nozione di trapianto, considerata nei termini sopra riportati, è di difficile applicazione. Infatti, Alan Watson, quando propose tale concetto aveva in mente l'applicazione del diritto romano fuori dall'Europa, ovvero una forma di circolazione di un modello radicalmente diversa rispetto a quella che stiamo considerando. Infatti, il diritto romano era trapiantato in ordinamenti stranieri, che lo recepiamo per ragioni di occupazione o di prestigio; nel nostro caso, invece, l'applicazione del paradigma comunitario sui paradigmi nazionali avviene all'interno di un'unica comunità di diritto, in forza di un Trattato che rende ogni cittadino di uno Stato membro automaticamente titolare di diritti dinanzi alla Comunità intera⁷³. Per cui, per concludere questa prima riflessione relativa alle categorie di *cross-fertilisation* da un lato e di trapianto giuridico dall'altro, sottolineiamo che il dibattito si sarebbe sviluppato in termini diversi se lo stesso concetto fosse stato espresso con un'altra formula, e non con la fuorviante metafora del trapianto, che suggerisce un fenomeno di trasferimento materiale di un elemento che rimane sostanzialmente inalterato fra organismi estranei fra loro⁷⁴. Per questa ragione Gunther

them systematically". Cfr. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe cit.*, pag. 30.

⁷³ A proposito del tema della cittadinanza, oltre a rinviare ai contributi richiamati in precedenza, segnaliamo: C. LYONS, *The Limits of European Union Citizenship*, in Z. BANKOWSKI e A. SCOTT, *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Blackwell, Oxford – Malden, 2000, (pp. 149 – 167).

⁷⁴ Probabilmente è meglio considerare i fenomeni in sé, piuttosto che fondare i dibattiti sui termini utilizzati per esprimerli. A tal proposito, Michele Graziadei afferma: "*Possibly due to its rapid growth, the terminology of the field is still surrounded by some uncertainty. The term "transplant" is based on a metaphor that was chosen faute de mieux, ill-adapted to capturing the gradual diffusion of the law or the continuous nature of the process that sometimes leads to legal change through the appropriation of foreign ideas. Alternative terminology that has gained acceptance (especially outside the common law world) is "circulation of legal models". Thus, the Thirteenth Congress of the International Academy of Comparative Law discussed the topic to which this chapter is dedicated under that title. The Association Henry Capitant dedicated one of its annual meetings to the circulation of the French legal model abroad. More recent contributions speak of "transfer" instead of "transplant" of law. The term "reception" is sometimes used as a synonym for any and all of the above, though it also has a specific denotation referring to global legal transfers. In this sense, the most important case of "reception" in the History of Europe is the diffusion of Roman Law that occurred when the subject was taught in universities during the medieval and early modern ages. "Reception" as a synonym for global legal transfer is not limited to this case. Indeed, the first legislative acts of the newly independent*

Teubner preferisce sostituire alla celebre formula quella di “*legal irritants*”, e conclude suggerendo di superare l'alternativa secca fra resistenza e integrazione. Infatti, l'imposizione di nuovo diritto produce (continuando nella metafora medica) una sorta di irritazione cui discende una lunga serie di conseguenze. I “*legal irritants*” non possono essere addomesticati; non siamo di fronte ad un elemento alieno che diventa elemento autoctono, e non vi è un adattamento al nuovo contesto giuridico culturale. Piuttosto, si assisterà ad un'evoluzione consistente nella ricostruzione del significato della regola esterna secondo le categorie concettuali proprie dell'ordinamento ricevente⁷⁵. Tuttavia, è evidente che se la contrapposizione fra *cross-fertilisation* e *legal transplant* è proposta non per chiedersi quale dei due sia più calzante in questo caso, ma a fini meramente esplicativi, ovvero per spiegare cosa si intende quando si utilizza il concetto (relativamente nuovo) di *cross-fertilisation*, in opposizione al concetto (conosciuto) di *legal transplant*, allora tale esercizio ha una sua piena logica e utilità.

Dopo aver accennato a tale dibattito dottrinale, riprendiamo un elemento cui abbiamo accennato poc'anzi: la disciplina, così come delineata in ambito comunitario, viene applicata all'interno degli Stati, in cui preesistono discipline nazionali relative alla responsabilità dello Stato. Pertanto, in primo luogo, si dà il caso di giudici chiamati ad applicare norme comunitarie che si pongono in un rapporto dialettico con la disciplina nazionale, interpretata secondo i parametri culturali del diritto municipale. Se da un lato troviamo una diversa applicazione del paradigma comunitario a seconda delle diverse tradizioni nazionali e, quindi, fenomeni di resistenza, d'altro canto, assistiamo ad un mutamento

American States enabling their courts to receive and develop the English common law are known as “reception statutes”. And the list of terms used to identify legal change by legal transfer goes on. Generic expressions such as “influence” or “inspiration” are also in use, while other terms, for example, “cross-fertilisation”, are gaining currency. All the variations subtly qualify the study of the main theme, but may also denote phenomena similar to those covered by a different terminology. Cit. da M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, (pp. 441 - 474), pp. 443 - 444.

⁷⁵ Tali tesi sono esposte in G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in F. SNYDER, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 2000, (pp. 243 - 267), pp. 244 - 245.

delle stesse discipline nazionali da parte dei tribunali che, in ossequio ai principi di preminenza e di efficacia diretta del diritto comunitario, sono chiamati a tutelare i diritti di fonte comunitaria anche disapplicando, se del caso, le norme procedurali nazionali che costituiscano un ostacolo alla tutela di tali diritti. Per cui, parallelamente ad una lettura secondo categorie municipali della disciplina comunitaria, assistiamo ad un fenomeno che interessa in termini analoghi gli ordinamenti giuridici nazionali, la cui struttura istituzionale, cultura giuridica e architettura concettuale non può che risentire dell'impulso comunitario⁷⁶. Se si considera la *cross-fertilisation* sotto un'altra ottica, ci si accorge che non si tratta solo di una dinamica di reciproca resistenza e, in certi termini, di concorrenza, fra i diversi paradigmi; infatti, si tratta, in primo luogo, di un'interpretazione, un'applicazione e, soprattutto, uno sviluppo, del diritto comunitario da parte degli Stati membri⁷⁷. Pertanto, gli Stati sono nella posizione di sviluppare tale principio ben oltre, come vedremo, le volontà dei giudici della Corte di giustizia⁷⁸; per utilizzare un'espressione molto usata a livello comunitario, nonostante la riluttanza della Corte di giustizia,

⁷⁶ "The national legal order tries to find the most appropriate way to accomodate the new insight into its own conceptual structure and legal culture. As a result, the national solutions are not identical in form, even if they may be broadly similar in result". Cit. da BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe cit.*, pag. 161.

⁷⁷ Come vedremo più avanti, il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario si fonda in primo luogo sul principio cardine dell'effetto diretto del diritto comunitario. Per cui, possiamo applicare a questo principio quanto la dottrina ha affermato rispetto all'effetto diretto, nel momento in cui distingue quattro fasi: "*adoption, implementation (incorporation), application and enforcement*".

⁷⁸ Il principio di autonomia processuale impone che i giudici nazionali applichino il principio secondo le regole procedurali nazionali, il che porta, necessariamente, ad un'interpretazione del paradigma comunitario quantomeno parzialmente difforme da Stato a Stato. Nel corso della trattazione approfondimento il ruolo della Corte di giustizia, che, in qualità di principale garante del diritto comunitario e della sua applicazione uniforme, ha più volte avvertito, che l'autonomia processuale incontra i propri limiti in altri principi, fra cui spiccano l'efficacia diretta e la non discriminazione (ex art. 12 TCE). D'altra parte, questo favorisce senza dubbio i cittadini danneggiati, che presumibilmente sono in grado di meglio tutelare i propri diritti, grazie alla maggiore familiarità con i rimedi nazionali. Per uno studio approfondito del principio di autonomia procedimentale, v. W. VAN GERVEN, *Of rights, remedies and procedures*, in *Common Market Law Review*, 37, 3, June 2000, (pp. 501 - 536). A proposito dell'applicazione decentrata del diritto comunitario, v. D. CURTIN, *The decentralised enforcement of Community Law rights. Judicial snakes and ladders*, in D. CURTIN e D. O'KEEFFE, *Constitutional adjudication in European Community and national law*, Butterworths, Dublin, 1992, (pp. 33 - 49), pag. 48. A proposito del bilanciamento fra i vari principi, v. M. HOSKINS, *Tilting the balance: supremacy and national procedural rules*, in *European Law Review*, 21, No. 5, October 1996, (pp. 365 - 377).

ci si trova necessariamente di fronte ad un'applicazione multilivello di tale principio⁷⁹.

Questo breve resoconto tende a delineare le diverse traiettorie percorse dal processo di *cross-fertilisation*, che possono sommariamente dividersi in un meccanismo formale da un lato, ed informale dall'altro. A proposito del primo profilo, richiamiamo i riflessi in campo nazionale più evidenti del paradigma comunitario, consistenti nei rarissimi interventi legislativi, e, soprattutto, nelle decisioni dei giudici nazionali in veste di giudici comunitari, che hanno svolto un ruolo fondamentale nel perseguimento della risoluzione della dialettica fra i diversi paradigmi. D'altro canto, però, la *cross-fertilisation* consiste anche in un movimento più profondo, sotterraneo, consistente in un'influenza di tipo culturale che orienta le decisioni dei giudici in quanto incide direttamente sugli orizzonti concettuali da cui questi attingono al momento di decidere le controversie⁸⁰.

⁷⁹ C'è chi preferisce riferirsi al funzionalismo nello sviluppo della Comunità o alla sua evoluzione incrementale, ma in questo caso il termine "multilivello" permette di rinviare, seppur incidentalmente, a quei dibattiti relativi alla *governance* dell'Unione Europea come ordinamento sopranazionale di natura ibrida. A tal proposito, ricordiamo che alcuni autori, fra cui Jacques Ziller, preferiscono utilizzare formule quali "governo intrecciato" o "costituzionalismo intrecciato", perché sostengono che il termine "multilivello" suggerisca una sorta di gerarchia a piani distinti, ovvero di percorso piramidale, che caratterizza, piuttosto, i sistemi federali. Secondo un'opinione alquanto diffusa, la formula "*governance* multilivello" è utilizzabile nella misura in cui si riferisce non al mantenimento di strutture e relazioni fra diversi livelli di governo, connotate dall'elemento gerarchico, ma alla promozione e allo sviluppo di forme di interconnessione dinamica fra gli stessi livelli. Secondo le parole di Federico Gustavo Pizzetti, "la *governance* multilivello assurge ad un vero e proprio ruolo fondamentale nel sistema europeo, vale a dire quello di contribuire al processo di integrazione europea e al mantenimento di quello stesso equilibrio, per così dire «costituzionale» (sia pure nell'accezione particolare che questo termine ha, se riferito all'Unione Europea, che è dato dalla «unità (europea) nella diversità (nazionale, regionale e locale)», e sul quale si fonda la reciproca e circolare, relazione e integrazione fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali". Cit. da F.G. PIZZETTI, *Metodi intergovernativi, metodi «comunitari» e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi*, in P. BILANCIA, *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006, (pp. 269 - 286), pag. 283. Un approfondimento dei modelli multilivello è offerto da: L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York, Oxford, 2001.

⁸⁰ La necessità della costruzione di una comune cultura di tutti i giudici nazionali è stata più volte ribadita non solo dagli studiosi, ma anche in sede istituzionale. A tal proposito, v., ad esempio, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, dal titolo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti", presentato il 2 giugno 2004, in cui si stabilisce l'obiettivo di "Creare uno spazio giudiziario europeo rispettoso delle tradizioni e dei sistemi giuridici degli Stati membri, che associ strettamente i professionisti. Lo sviluppo dello spazio

Concludendo, l'analisi comparatistica appare particolarmente opportuna perché la *cross-fertilisation* coinvolge una questione fondamentale, consistente nel rapporto fra cittadini e stati nazionali, che muta sensibilmente in considerazione delle divergenze dal punto di vista istituzionale e di composizione interna, da un lato, e dal punto di vista procedurale e rimediale, dall'altro⁸¹. I profili di criticità connessi a tali fattori saranno oggetto di riflessione nei prossimi capitoli.

giudiziario europeo non ha né come obiettivo, né come conseguenza, di mettere in discussione le tradizioni giuridiche e giudiziarie degli Stati membri. Tale approccio fondato sui principi di proporzionalità e di sussidiarietà è affermato nel progetto di trattato costituzionale. Il principio di reciproco riconoscimento è stato posto al centro della costruzione europea in questo settore. Il reciproco riconoscimento esige tuttavia una base comune di principi condivisi e di norme minime, al fine in particolare di rafforzare la reciproca fiducia. Un'azione forte diretta ai professionisti per garantire l'effettività della politica giudiziaria europea continuerà ad essere necessaria" (par. 2.6). Secondo le parole di Ignazio Juan Patrone, tale documento esprime "la necessità di costruire questa comune cultura di tutti i giudici nazionali, senza porre troppa fiducia sul solo possibile intervento delle Corti europee". L'autore ha inoltre affermato che "un sistema giurisdizionale a più livelli, nazionale e comunitario, non esclude, anzi in qualche modo favorisce, il dialogo interpretativo tra i giudici, al di fuori di qualsiasi camicia di forza del tipo «*stare decisis*». Esso non può però trasformarsi in una babele di linguaggi e di soluzioni, lasciando al solo giudice regolare il compito di ricavare principi generali che possono essere calati dall'alto sulle giurisprudenze nazionali". Cfr. I.J. PATRONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. AMATO e E. PACIOTTI, *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2005, (pp. 187 – 204), pp. 195 – 196.

⁸¹ Tra l'altro, un'analisi che intenda ricostruire le fasi di creazione della figura appare opportuna anche perché il lettore in cerca di un quadro di insieme aggiornato ed organico si trova di fronte ad una selva disordinata di giurisprudenza e contributi dottrinari; per cui, la difficoltà non consiste nel reperire materiale, ma, piuttosto, nel selezionarlo, ed orientarsi in un panorama di contributi e sollecitazioni abbondante ma estremamente disorganico.

CAPITOLO II. L'ILLECITO COMUNITARIO SECONDO IL MODELLO DELINEATO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il percorso di costruzione della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Gli antecedenti logici del principio. La responsabilità dello Stato prima della sentenza Francovich.

Come anticipato in apertura di trattazione, la Corte di giustizia, grazie alle prerogative derivanti dallo *status* di organo comunitario, e attraverso l'enunciazione dei principi generali, ha svolto un ruolo fondamentale nel processo di integrazione europea¹. Nel perseguimento di tale obiettivo, la Corte ha fortemente contribuito all'elaborazione di un sistema di rimedi contro l'inottemperanza degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri. In questo quadro si colloca la sentenza Francovich, che ha aperto un fronte nell'opera di costruzione dell'illecito comunitario, ai fini di dotare di un qualche valore coattivo il principio della responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione.

¹ A tal proposito, oltre a richiamare la bibliografia citata nel precedente capitolo, riportiamo l'affermazione di Stefania Bariatti, secondo cui "Il tratto saliente, già posto in evidenza da alcuni, è costituito dal fatto che tale funzione viene svolta secondo modalità e con finalità diverse da quelle alle quali è abituato il giurista di *civil law*, che la pongono molto vicino, piuttosto, a quella propria dei sistemi giuridici di *common law*: la giurisprudenza della Corte si è affermata, infatti, come fonte di produzione giuridica propria dell'ordinamento comunitario, come sembra dimostrato dal fatto che accanto al valore, non codificato ma ammesso nella prassi e nella dottrina, del precedente, e quindi alla produzione di effetti *erga omnes* anche per le pronunzie pregiudiziali - che dovrebbero piuttosto avere effetti limitati al caso di specie poiché sono emanate nell'ambito di un incidente del procedimento pendente davanti al giudice nazionale - è diventato indispensabile se non prevalente il riferimento alle pronunce della Corte nell'analisi dei più diversi aspetti dell'ordinamento". Cit. da S. BARIATTI, *Il ruolo del giudice nella costruzione dell'ordinamento comunitario*, in *Diritto & Storia*, 3, 2004, (on line).

Tale principio è stato presentato dalla Corte di giustizia come conseguenza logica dell'efficacia diretta e del primato del diritto comunitario, e, più in generale, appare come necessario tassello nell'opera di edificazione dello spazio giuridico europeo. Come noto, il principio di efficacia diretta, secondo il quale il diritto comunitario (originario e derivato) si applica senza necessità di recepimento nel diritto interno degli Stati membri, è stato applicato, a partire dai primi anni '90, nel senso di ammettere che i diritti attribuiti in forza di un atto normativo comunitario, seppur non recepito, possano essere invocati dai cittadini e debbano orientare le decisioni dei giudici nazionali².

Alla sentenza Van Gend en Loos, in cui per la prima volta si fece riferimento a tale principio, seguì la sentenza Costa c. E.N.E.L. (di un anno successiva), in cui venne espresso il principio di preminenza, che comporta l'applicazione primaria e incondizionata del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale nell'ambito delle materie previste nel Trattato³. Il contenuto di quest'ultimo principio fu integrato dalle sentenze

² Secondo quanto espressamente stabilito dalla Corte di giustizia, tale principio opera solamente in senso verticale, implicando che il singolo possa invocare davanti al giudice nazionale il diritto a lui riconosciuto, tanto nei confronti dello Stato inadempiente all'obbligo comunitario, quanto verso una qualunque altra pubblica autorità; viceversa, il giudice comunitario ha sempre espressamente rifiutato l'efficacia orizzontale, ovvero l'estensione dell'efficacia della direttiva non attuata ai rapporti interindividuali. Ciononostante, in diversi casi, pur formalmente mantenendo tale orientamento restrittivo, la Corte, attraverso un'estensione del principio dell'interpretazione conforme, ha indotto le Corti nazionali a fornire una particolare interpretazione del diritto interno in modo da attribuire indirettamente alle direttive non recepite effetti anche nei rapporti interprivati. Per un approfondimento degli elementi che permettono ad una direttiva di avere efficacia diretta orizzontale, v. F. BECKER, A. CAMPBELL, *The Direct Effect of European Directives – Towards the Final Act?*, in *The Columbia Journal of European Law*, 13, 2, Spring 2007, (pp. 401 - 426). A proposito del dibattito a proposito dell'efficacia delle direttive, alimentato dalle ambiguità della Corte di giustizia, v. ARNULL, *The European Union cit.*, pp. 184 – 252. Un interessante riflessione in lingua italiana è L. DANIELE, *La Corte di Giustizia conferma l'efficacia diretta "intermittente" delle direttive comunitarie*, in *Foro It.*, IV, 1995, (pp. 38 - 42). Sul tema si ritornerà al momento di trattare della sentenza Pfeiffer.

³ Sent. CGCE, 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport – En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte. Causa C-26/62, Racc., edizione italiana pagina 00003. Massima n° 3: "Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati Membri, ed alle istituzioni comunitarie". Sent. CGCE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L.. Causa C-6/64. Racc., edizione italiana pagina 01129. Per un contributo recente a proposito del principio di preminenza, v. D. RITLENG, *Le principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 2-2005, (pp. 243 – 260).

Simmenthal e Factortame I, in cui la Corte si pronunciò nel senso della disapplicazione delle norme nazionali contrarie al diritto comunitario, e precisò i procedimenti e i requisiti che condizionano l'applicazione diretta del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali⁴. Nelle sentenze Ratti e Becker, inoltre, il giudice comunitario introdusse il principio di effetto diretto verticale delle direttive, secondo cui i cittadini europei possono invocare le disposizioni previste in modo preciso e incondizionato in direttive non correttamente recepite entro il termine stabilito, contro qualsiasi disposizione nazionale incompatibile, nel caso in cui in essa siano previsti diritti azionabili dai cittadini⁵. Al perseguimento dell'obiettivo di dotare il diritto comunitario di concreta operatività risponde l'enunciazione, da parte della Corte di giustizia, del principio dell'interpretazione conforme, stabilito nelle sentenze Von Colson e Marleasing, in cui si affermò l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno nel senso più possibile aderente alla normativa comunitaria, anche nei casi in cui questa non sia direttamente invocabile, al fine di conseguire il risultato da essa perseguito⁶.

Queste brevi annotazioni intendono contestualizzare e descrivere lo scenario in cui, nel 1991, la Corte di giustizia emise la sentenza Francovich – Bonifaci, e intendono dimostrare come le sentenze poc'anzi

⁴ Sent. CGCE, 9 marzo 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SPA Simmenthal. Causa C-106/77. Racc. 00629. In tale sentenza la Corte di giustizia ha enunciato alcuni principi fondamentali, fra i quali ricordiamo: qualsiasi giudice nazionale, nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria; il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale; qualsiasi giudice nazionale ha la facoltà di rivolgersi alla Corte, ogniqualvolta reputi necessaria, per emanare la propria sentenza, una pronuncia pregiudiziale su questioni d'interpretazione o di validità relative al diritto comunitario. Sent. CGCE, 19 giugno 1990, The Queen c. Secretary of State for transport, ex parte Factortame LTD e altri. Causa C-213/89. Racc. I-02433.

⁵ Sent. CGCE, 19 gennaio 1982, Ursula Becker c. Finanzamt Muenster-Innenstadt. Causa C-8/81. Racc. 00053; Sent. CGCE, 5 aprile 1979, Procedimento penale a carico di Tullio Ratti. Causa C-148/78. Racc. 01629.

⁶ Sent. CGCE, 10 aprile 1984, Sabine Von Colson ed Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen. Causa C-14/83. Racc. 01891; Sent. CGCE (Sesta sezione), 13 novembre 1990, Marleasing SA c. La Comercial Internacional de alimentación SA. Causa C-106/89. Racc. I-04135.

accennate (o meglio, i principi in esse espressi) si pongano come una sorta di antecedente logico rispetto all'affermazione e alla costruzione del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Principio, questo, che non trova in Francovich la sua prima espressione, ma che a partire da questa sentenza acquisisce effettività, tanto che ormai la dottrina è solita riferirsi alla figura dell'illecito comunitario usando espressioni quali "la dottrina Francovich", a dimostrazione dell'importanza di tale sentenza nella costruzione della fattispecie. La prima enunciazione di questo principio risale ad alcune pronunce quali la sentenza Humblet (citata dalla stessa sentenza Francovich), in cui si affermò che "ove la Corte accerti che un atto legislativo od amministrativo degli organi di uno stato membro contrasta col diritto comunitario, l'art. 86 del Trattato CECA impone a tale Stato tanto di revocare l'atto di cui trattasi quanto di riparare gli illeciti effetti che ne possono essere derivati"⁷. Nello stesso senso si esprime la sentenza Russo c. AIMA, che riconobbe il diritto dei cittadini al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto comunitario⁸. È facile notare, tuttavia, che si tratta di precedenti piuttosto risalenti, in cui il principio appare come un'enunciazione alquanto generica, priva di qualsiasi conseguenza dal punto di vista giuridico⁹.

Fino alla sentenza Francovich, dunque, il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario era stato enunciato, ma non aveva esplicato alcun effetto dal punto di vista giuridico, e, parallelamente, la Corte per aveva perseguito l'obiettivo di incrementare l'effettività del diritto comunitario attraverso l'opera di elaborazione dei principi cardine

⁷ Sent. CGCE, 16 dicembre 1960, Jean E. Humblet c. Belgische Staat. Causa C-6/60. Racc., edizione italiana pagina 01095.

⁸ Sent. CGCE, 22 gennaio 1976, Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA). Causa C-60/75. Racc. 00045. Motivazione n° 9: "Nell'ipotesi che il danno causato al produttore derivi da un intervento dello stato membro in contrasto col diritto comunitario, lo stato dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della Pubblica Amministrazione". I giudici europei riaffermarono il principio secondo cui le disposizioni comunitarie direttamente applicabili possono essere invocate per ottenere il risarcimento dei danni nei confronti di un organismo soggetto all'autorità o al controllo dello Stato, o investito di prerogative della pubblica autorità, nella sentenza Foster (Sent. CGCE, 12 luglio 1990, A. Foster e altri c. British Gas PLC. Causa C-188/89. Racc. I-03313).

⁹ In questi casi, in relazione ai presupposti sostanziali di tale figura, è costante il rinvio ai regimi nazionali di responsabilità dei pubblici poteri.

cui si è poc'anzi accennato¹⁰. Fra le diverse strade percorse a questo fine, ricordiamo il tentativo di attribuire, a determinate condizioni, efficacia diretta alle disposizioni delle direttive, in modo da superare l'ostacolo costituito dall'eventuale sussistenza di una normativa nazionale incompatibile, e, contemporaneamente, di estendere il principio dell'interpretazione conforme in modo da investire i giudici nazionali del compito di diffondere il diritto comunitario all'interno dei diversi ordinamenti statali. In un tempo relativamente breve, tuttavia, queste tecniche rivelarono ampi margini di inadeguatezza. L'inefficacia di tali meccanismi appariva in tutta evidenza perché la maggior parte delle disposizioni comunitarie non poteva essere invocata dai cittadini, per mancanza dei requisiti necessari per l'applicazione diretta. Per queste ragioni la pronuncia Francovich è ricordata come la pietra miliare in merito alla tutela dei diritti riconosciuti al singolo dal sistema comunitario e, parallelamente, alla costruzione di un sistema diffuso sul rispetto degli obblighi comunitari, fondato sul singolo cittadino, e sulle sue legittime tensioni alla tutela della propria posizione giuridica¹¹. Pertanto, la sentenza Francovich si è proposta come formula di chiusura di un sistema di principi che fino a quel momento era apparso ampiamente irrisolto.

Oggi, a quasi venti anni di distanza, al riparo dalle illusioni ottiche che un'eccessiva prossimità temporale può implicare, ci prefiggiamo di svolgere una comparazione fra le soluzioni applicative della figura dell'illecito comunitario; in questo modo, cercheremo di approfondire la

¹⁰ A proposito dei meccanismi posti in essere in modo da dotare il diritto comunitario di concreta operatività, v., fra gli altri, F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, (pp. 19 - 53).

¹¹ A tal proposito, Rosario Petruso ha opportunamente sottolineato che questa forma di controllo è necessaria perché "le istituzioni comunitarie non dispongono di un apparato amministrativo tanto esteso da poter svolgere controlli capillari sullo stato di attuazione degli obblighi imposti agli Stati membri". Cit. da R. PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2006, (pp. 693-727), pag. 725. Un interessante contributo relativo al c.d. "effetto Francovich" sulla responsabilità patrimoniale di Stati e Comunità nei confronti dei cittadini è offerto da C. STEFANOU, E. XANTHAKI, *Il risarcimento del danno nel contesto della responsabilità concorrente ex art. 288, par. 2 e la dialettica delle teorie dell'integrazione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 1999, (pp. 1059 - 1088). A proposito della figura dell'illecito comunitario come strumento di garanzia della posizione giuridica dei cittadini europei, v. M. ROSS, *Beyond Francovich*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, (pp. 55 - 73).

sua molteplice funzione, nonché la sua idoneità nel perseguimento di un'integrazione giuridica che veda nel cittadino non il suo destinatario, ma il necessario soggetto propulsore. A tale scopo, consideriamo necessario, prima di dedicarci allo studio delle applicazioni nazionali del principio, analizzare la figura così come delineata dalla Corte di giustizia.

La sentenza Francovich. 19 novembre 1991.

Nella sentenza Francovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana, relativa a due questioni pregiudiziali accumulate presentate dalle preture di Vicenza e di Bassano del Grappa, la Corte di giustizia ha per la prima volta riconosciuto il diritto del cittadino al risarcimento dei danni derivanti dal comportamento dello Stato che non abbia ottemperato agli obblighi comunitari nascenti dal Trattato¹². Come più volte affermato, con questa

¹² Sent. CGCE, 19 novembre 1991, Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana. Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357. Le cause accumulate riguardavano il mancato recepimento della direttiva 80/987, relativa alla protezione dei lavoratori salariati in caso di insolvenza dell'imprenditore. La direttiva si applicava ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza. Tuttavia, la stessa direttiva autorizzava gli Stati membri ad escludere dal campo di applicazione i diritti di alcune categorie di lavoratori subordinati, in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro dei lavoratori subordinati o in funzione dell'esistenza di altre forme di garanzia che assicuravano ai lavoratori subordinati una tutela equivalente (art. 1.2). Per il raggiungimento dell'obiettivo, la direttiva prevedeva che gli Stati membri fissassero le modalità di organizzazione, di finanziamento e di funzionamento degli organismi di garanzia nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: il patrimonio degli organismi deve essere indipendente dal capitale di esercizio dei datori di lavoro e essere costituito in modo da non poter essere sequestrato in un procedimento in caso di insolvenza; i datori di lavoro devono contribuire al finanziamento, a meno che quest'ultimo non sia integralmente assicurato dai pubblici poteri; l'obbligo di pagamento a carico degli organismi esiste indipendentemente dall'adempimento degli obblighi di contribuire al finanziamento. Il signor Francovich, attore nella causa principale (causa 6/90) era stato dipendente di un'impresa, e aveva percepito solo anticipi sporadici relativi al suo salario. Il sig. Francovich citò in giudizio l'impresa, ma nel corso del processo di esecuzione, l'ufficiale giudiziario del Tribunale di Vicenza redasse un verbale di pignoramento infruttuoso. Quindi invocò il diritto ad ottenere dallo Stato italiano, che non aveva recepito la direttiva (inadempimento accertato dalla Corte di giustizia con Sent. CGCE 2 febbraio 1989, Commissione/Italia. Causa C-22/87. Racc. 00143) quanto in essa previsto, o, sussidiariamente, un risarcimento. La causa 9/90 fu promossa dalla Sig.a Bonifaci e da altri trentasei lavoratori che erano creditori di determinate somme di denaro che non avevano potuto ottenere a causa della dichiarazione di fallimento dell'impresa presso cui erano stati impiegati. Di fronte alla pressoché totale certezza di non riuscire ad incassare neanche in parte le somme dovute, citarono lo Stato italiano richiedendo la corresponsione dei crediti maturati a titolo di ritardi salariali o, sussidiariamente, il risarcimento del danno. I tribunali italiani, chiamati a giudicare queste controversie, presentarono questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

sentenza la Corte di giustizia ha iniziato a delineare una disciplina della responsabilità aquiliana dello Stato a livello comunitario, enucleandone i presupposti, in modo da orientare le Corti nazionali nell'applicazione del rimedio.

Nel caso di specie si trattava di una direttiva cui non si poteva riconoscere effetto diretto, e che, in mancanza di provvedimenti di attuazione, non poteva essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali¹³. Si trattava, infatti, di una direttiva non recepita che, pur determinando il titolare del diritto protetto e il contenuto della garanzia, non aveva effetto diretto perché delegava agli Stati la scelta, al momento del recepimento, del sistema di finanziamento della garanzia salariale. Dopo aver citato le celebri sentenze *Van Gend en Loos*, *Costa c. E.N.E.L.*, *Simmenthal* e *Facortame*, relative alla natura dell'ordinamento giuridico comunitario ed alla sua vocazione a riconoscere, in favore dei cittadini, diritti azionabili davanti alle Corti nazionali, la Corte affermò che il diritto comunitario impone agli Stati membri l'obbligo di risarcire i danni conseguenti alle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili (Motivazione n. 37)¹⁴. La responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario è apparsa come logica applicazione dei fondamentali principi di effetto diretto e di leale collaborazione, e, d'altro lato, è stato definito dalla Corte come principio inerente al Trattato¹⁵; in tal modo, il principio è stato imposto agli Stati membri, e, pertanto, messo al riparo dalle dinamiche politiche interne

¹³ Motivazione della sentenza n° 34: "La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie, sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario".

¹⁴ Nella motivazione della sentenza n° 32 si legge: "è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli". Nella motivazione della sentenza n° 33 la Corte di giustizia aggiunge che detta efficacia sarebbe messa a repentaglio "e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro".

¹⁵ Nella Massima n° 3 si legge che "il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato. L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario e, quindi, ad eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario".

e dalle resistenze che tradizionalmente costellano l'alterazione dell'equilibrio Stati – Comunità a favore di quest'ultima¹⁶. Già sappiamo che, a tal proposito, la Corte ha per lo più esplicitato e sviluppato principi già enunciati in precedenza, mentre ha svolto una funzione più marcatamente creativa nell'enucleazione dei presupposti di questa figura di illecito¹⁷. Il caso Francovich trae origine dal mancato recepimento di una direttiva, e in tal caso la Corte stabilì, come condizioni sufficienti per la sussistenza dell'illecito comunitario, tre presupposti: che il risultato prescritto dalla direttiva comportasse l'attribuzione di diritti in favore dei soggetti privati; che il contenuto di tali diritti potesse essere identificato in base alle disposizioni della direttiva; che esistesse un nesso di causalità fra la violazione dell'obbligo in capo allo Stato e il danno sofferto¹⁸.

¹⁶ Sostenere che si tratta di un principio inerente al Trattato, significa considerarlo un principio di diritto comunitario; in caso contrario, la sussistenza di questo principio sarebbe dipesa dalla sua previsione nel diritto interno. Secondo alcuni autori, quest'affermazione costituisce il vero elemento di novità apportato dalla sentenza Francovich. A tal proposito Luigi Fumagalli ha sottolineato che «la novità del principio menzionato non consiste tanto nelle ragioni e nei termini della sua enunciazione, quanto nel suo preciso fondamento sul diritto comunitario: la sentenza Francovich non ha «creato» il principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario; ma lo ha assunto nell'ambito degli istituti giuridici concretamente azionabili, sottraendone il fondamento ai diritti nazionali degli Stati membri ed individuando direttamente le condizioni sostanziali del suo operare». Cit. da L. FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati*, in *Studium Iuris*, 11, 2000, (pp. 1198 - 1208), pag. 1200.

¹⁷ La Corte di giustizia, compiendo una scelta terminologica piuttosto discutibile, ha parlato non di presupposti, ma di «condizioni».

¹⁸ Tali presupposti sono stabiliti nella massima numero 4, la cui importanza è tale che riteniamo opportuno riportarla integralmente. «Se la responsabilità dello Stato per il risarcimento dei danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è imposta dal diritto comunitario, i presupposti per l'insorgere di un diritto a risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato. Qualora uno Stato membro violi l'obbligo, ad esso incombente in forza dell'art. 189, terzo comma, del Trattato, di prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto a risarcimento ove ricorrano le tre seguenti condizioni: 1) il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; 2) il contenuto di tali diritti deve potersi individuare sulla base delle disposizioni della direttiva; 3) deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. In mancanza di una disciplina comunitaria, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Tuttavia, le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e non possono essere congetturate in modo da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile ottenere il risarcimento». A tali presupposti dedicheremo ampio spazio nelle prossime pagine. Per ora intendiamo anticipare come l'enunciazione del principio dipenda dai fatti del caso che la Corte è chiamata a giudicare. Infatti, si vedrà come nella

Riservandoci di tornare sul contenuto giuridico dei presupposti, sottolineiamo che secondo quanto stabilito dalla Corte, la disciplina delineata altro non era se non uno standard minimo; infatti, anche in seguito alla modifica del secondo requisito (a partire dalla sentenza *Brasserie du Pêcheur*), è rimasta inalterata la regola secondo cui, in caso di sussistenza dei tre requisiti, il giudice deve accordare senz'altro il risarcimento, ma ogni Stato membro può prevedere un regime di responsabilità più garantista nei confronti dei diritti dei cittadini¹⁹.

La sentenza Wagner-Miret. 16 dicembre 1993.

Nella sentenza *Francovich*, l'illecito comunitario non era che delineato nei suoi contorni più generali. Tale pronuncia aveva aperto un fronte, ma, inevitabilmente, per giungere ad una più precisa disciplina della figura, sarebbero stati necessari altri interventi della Corte di giustizia²⁰. Era infatti impensabile che in un solo episodio (coincidente con una sentenza emessa per la risoluzione di un singolo caso e, quindi, ad esso strettamente collegato) la Corte fornisse una disciplina completa e dettagliata, ed appariva del tutto fisiologico che per la risoluzione delle molte questioni rimaste sostanzialmente irrisolte fosse necessario attendere un nuovo intervento. La Corte fu chiamata a pronunciarsi su un altro caso di violazione del diritto comunitario poco più di due anni dopo: ci

giurisprudenza successiva la Corte approfondirà ed estenderà l'applicazione di tali presupposti, perché chiamata a giudicare violazioni del diritto comunitario di altra natura.

¹⁹ Questo aspetto verrà ampiamente approfondito nel corso della trattazione.

²⁰ Sent. CGCE, 16 dicembre 1993, Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial. Causa C-334/92. Racc. I-06911. A tal proposito, Giannantonio Benacchio sottolinea che "oltre alla mancata formulazione dei criteri e delle condizioni alle quali deve sottostare la quantificazione del danno in assenza di apposite norme comunitarie, non è stato chiarito se per l'esercibilità dell'azione risarcitoria di fronte ai Tribunali nazionali sia necessaria o meno una precedente pronuncia della Corte che accerti l'inadempimento dello Stato membro. Incerto è anche un altro punto, e cioè se sia possibile chiedere il risarcimento soltanto nei casi di mancata attuazione di direttive non direttamente applicabili (come nel caso di specie) oppure anche nei casi di direttive non attuate ma incondizionate e sufficientemente precise, come se si trattasse di un'alternativa alla possibilità di far valere l'efficacia verticale delle stesse. Altri dubbi poi sono rimasti in ordine alla possibilità di esperire l'azione di risarcimento del danno anche in altre ipotesi di inadempimento dello stato nei confronti del diritto comunitario che ledano il privato cittadino, come ad esempio nel caso di mancato adeguamento alle norme contenute nel Trattato o ad un regolamento". Cit. da BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea cit.*, nota 75, pag. 129.

riferiamo alla causa Wagner-Miret, giudicata con sentenza risalente alla fine del 1993²¹. Il caso era scaturito dal difettoso recepimento della stessa direttiva 80/987/CEE su cui si era imperniato il caso Francovich. Tuttavia, mentre quest'ultimo verteva su un'ipotesi di mancata attuazione di una direttiva, la nuova controversia sottoposta al giudizio della Corte traeva origine da un'errata interpretazione della stessa²². D'altro canto, diversamente dalla prima pronuncia, il giudice dichiarò la responsabilità dello Stato applicando il principio dell'interpretazione conforme. Tale principio, enunciato per la prima volta nella sentenza Marleasing, nel caso Wagner-Miret fu applicato in modo da riconoscere effetti ad una direttiva che non possedeva i requisiti per esplicitare efficacia diretta²³. Inoltre, in questo caso, la Corte stabilì un principio fondamentale, ovvero che la responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva può sorgere anche senza una preventiva pronuncia di condanna della Corte,

²¹ Sent. CGCE, 16 dicembre 1993, Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial. Causa C-334/92. Racc. I-06911.

²² Infatti lo Stato spagnolo aveva già istituito con una legge del 10 marzo 1980 n° 8 (*"Estatuto de los trabajadores"*) un regime di tutela dei lavoratori subordinati caratterizzato da un *Fondo de Garantía Salarial* analogo a quello previsto dalla direttiva. L'errore consisteva nel fatto che la normativa interna escludeva dalla tutela la categoria del personale direttivo. La causa fu presentata come questione pregiudiziale dal *Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna. La controversia vedeva come parte attrice il signor Wagner-Miret, direttore generale di un'impresa dichiarata fallita, che agì in primo grado nei confronti del *Fondo de Garantía Salarial*, reclamando una certa somma, a titolo di stipendi non pagati e per ottenere il pagamento delle proprie spettanze di liquidazione in seguito al suo licenziamento, alla stregua di qualsiasi altro lavoratore dipendente. Tale diritto fu negato a causa dello svolgimento di un ruolo dirigenziale. Il sig. Wagner-Miret interpose ricorso contro tale sentenza al *Tribunal Superior de Cataluña*, che sospendeva il giudizio principale e presentava ricorso in via pregiudiziale, ex art. 177 Trattato CE, alla Corte di giustizia. Tale sentenza è stata oggetto di analisi particolarmente approfondita da parte della dottrina spagnola; per approfondire i fatti del caso, v. E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, pp. 55 – 77.

²³ Sent. CGCE (Sesta sezione), 13 novembre 1990, Marleasing SA c. La Comercial Internacional de alimentación SA. Causa C-106/89. Racc. I-04135. A questo proposito sono illuminanti le parole della Corte di giustizia: "Come ha dichiarato la Corte nella sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, par. 8 della motivazione), nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato. (21) Il principio dell'interpretazione conforme vale in modo del tutto particolare per il giudice nazionale allorché uno Stato membro ha ritenuto, come nel caso di specie, che le disposizioni preesistenti del suo diritto nazionale soddisfacessero le prescrizioni della direttiva considerata.

sulla base dell'art. 226 TCE, per inadempimento agli obblighi del Trattato²⁴.

La sentenza Faccini Dori. 14 luglio 1994.

Tale sentenza, emessa pochi mesi dopo la sentenza Wagner Miret, rispondeva ad una questione pregiudiziale proposta dal Giudice conciliatore di Firenze a proposito della possibilità di far valere una direttiva nelle controversie fra privati²⁵. Mentre le cause precedenti scaturivano dalla violazione della direttiva 80/987, nel caso Faccini Dori la fonte violata era la direttiva 85/577/CEE; questa distinzione appare particolarmente importante perché mentre la prima imponeva agli Stati di istituire un organo per la garanzia dei diritti dei lavoratori, quest'ultima disciplinava la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e, quindi, imponeva agli Stati membri di disciplinare i rapporti fra commercianti e consumatori per tutelare i diritti di questi ultimi rispetto ai primi. Un'altra fondamentale differenza consiste nel fatto che, mentre nei primi due casi i privati si erano rivolti contro lo Stato, il caso Faccini Dori riguardava una controversia fra privati²⁶.

²⁴ Questo elemento, fondamentale da un punto di vista processuale e di teoria generale a proposito dei rapporti fra giudicato nazionale e giudicato comunitario, sarà approfondito nel capitolo dedicato ai rapporti fra paradigmi nazionali e paradigma comunitario.

²⁵ Sent. CGCE, 14 luglio 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb SRL. Causa C-91/92. Racc. I-03325. La signora Faccini Dori aveva sollecitato un contratto avente ad oggetto un corso d'inglese per corrispondenza. Qualche giorno dopo comunicò alla Recreb di voler annullare il suo ordine, richiamando il diritto di recesso stabilito dalla direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (art. 5). Ciononostante, la Recreb agiva contro la signora Faccini Dori per il pagamento della somma convenuta, oltre agli interessi e alle spese. Considerato che all'epoca dei fatti lo stato italiano non aveva adottato alcun provvedimento di attuazione della direttiva, nonostante il termine per il recepimento fosse scaduto, il giudice di rinvio chiese nella domanda pregiudiziale "Se la direttiva comunitaria del 20 dicembre 1985, n° 577, sia da considerarsi sufficientemente precisa e dettagliata e se essa, nel periodo fra la scadenza del termine di 24 mesi assegnato agli Stati membri per conformarsi ad essa ed il giorno in cui lo Stato italiano si è ad essa conformato, sia stata in grado di produrre effetti nei rapporti fra i singoli e lo Stato italiano e nei rapporti dei singoli fra loro".

²⁶ Un'altra controversia fra privati sorta a seguito del mancato recepimento entro i termini di una direttiva è stata giudicata dal giudice comunitario con la Sent. CGCE (Sesta Sezione), 7 marzo 1996, El Corte Inglés SA c. Cristina Blázquez Rivero. Causa C-192/94. Racc. I-01281. Si trattava di una controversia fra la signora Blázquez Rivero e la società finanziaria *El Corte Inglés*, che deteneva in esclusiva l'attività di concessione di prestiti concessi ai clienti dell'agenzia di viaggi *El Corte Inglés*, con cui la signora aveva concluso un contratto di viaggio. In questo caso, la Corte di giustizia stabilì che la

Facciamo notare, in primo luogo, che nella questione pregiudiziale i quesiti presentati dal giudice non vertevano sull'ipotesi di responsabilità dello Stato, ma esclusivamente sul possibile effetto diretto della direttiva. Ciononostante, è opportuno richiamare tale sentenza perché essa risulta decisiva anche ai fini della configurabilità di un diritto al risarcimento in capo ai soggetti danneggiati, a seguito di una violazione del diritto comunitario. Da più parti è stato sottolineato come tale sentenza dimostri che il meccanismo della responsabilità per violazione del diritto comunitario abbia, già prima della fondamentale sentenza *Brasserie du Pêcheur*, raggiunto un grado di maturazione tale da proporsi come un utile strumento, ai fini dell'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini europei e, più in generale, in vista di un'integrazione giuridica sempre più penetrante.

La sentenza *Brasserie du Pêcheur* /*Factortame* III. 5 marzo 1996.

Con le sentenze *Francovich*, *Wagner Miret* e *Faccini Dori* il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario aveva assunto carattere generale; fino a quel momento la figura dell'illecito comunitario era stata applicata a un caso di direttiva non direttamente invocabile (perché imprecisa) e non recepita (sentenza *Francovich*), a un caso di direttiva recepita scorrettamente (sentenza *Wagner Miret*) e a un caso di direttiva non recepita e non direttamente invocabile perché relativa ad un rapporto fra privati (sentenza *Faccini Dori*)²⁷.

La sentenza *Brasserie du Pêcheur* è una delle pronunce che hanno inciso in modo più profondo nel percorso di costruzione della figura di illecito di

direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, non recepita nell'ordinamento giuridico spagnolo, non fosse direttamente applicabile ai rapporti fra privati.

²⁷ Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur* SA c. Bundesrepublik Deutschland e *The Queen* c. Secretary of State for Transport, ex parte: *Factortame* Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029.

cui ci stiamo occupando²⁸. Infatti, con la sentenza del 5 marzo 1996, la Corte affermò alcuni principi fondamentali relativi alla responsabilità dello Stato per atti ed omissioni del legislatore nazionale contrari al diritto comunitario, e, specificamente, circa i presupposti per la sua sussistenza; in particolare, la Corte si espresse sulla possibilità di condizionare il risarcimento all'esistenza di un elemento soggettivo dell'illecito, sulla quantificazione del danno, sull'arco temporale coperto dal risarcimento, e, infine, sulla possibilità di limitare nel tempo gli effetti della sentenza.

La Corte intervenne a proposito della questione (cui verrà dedicato spazio nel corso del capitolo) relativa al rapporto fra attribuzione di diritti ed efficacia diretta; in particolare, la Corte sostenne che l'illecito comunitario può trovare applicazione anche in presenza di norme comunitarie dotate di efficacia diretta²⁹. Inoltre, fu allargato il ventaglio di violazioni del diritto comunitario idonee a far sorgere un risarcimento del danno da parte dello

²⁸ Tale sentenza risolve due questioni pregiudiziali riunite, presentate rispettivamente dalla Corte Suprema Federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) e dalla *High Court of Justice (Divisional Court, Queen's Bench Division)*. L'origine della causa 46/93 risiedeva nell'interruzione, alla fine del 1981, da parte della società francese *Brasserie du Pêcheur*, delle esportazioni di birra in Germania, perché le autorità tedesche avevano accertato che la birra da essa fabbricata non era conforme ai requisiti di genuinità prescritti dagli artt. 9 e 10 del *Biersteuergesetz* (legge fiscale sulla birra; BGBl. I) 14 marzo 1952, nel testo di cui alla legge 14 dicembre 1976. Tale legge era stata dichiarata in contrasto con l'articolo 30 (ora 36) del Trattato CEE il 12 marzo 1987 (causa 178/84), e quindi *Brasserie du Pêcheur* esigeva che lo Stato tedesco risarcisse i pregiudizi sofferti fra il 1981 e il 1987 per la mancata vendita del prodotto, per una somma di 1.800.000 marchi. La causa 48/93 aveva origine nel dicembre 1988, quando *Factortame* ed altri (società costituite o acquisite in Gran Bretagna e amministrate da cittadini spagnoli dedicate all'attività ittica) impugnarono davanti alla *High Court*, per incompatibilità con il diritto comunitario, e in particolare con l'art. 52 del Trattato CEE (libertà di stabilimento), la *Merchant Shipping Act* del 1988, che imponeva condizioni restrittive con riferimento, tra l'altro, alla nazionalità dei soggetti, ai fini della registrazione di pescherecci nei registri navali, cui dovevano iscriversi anche i pescherecci già iscritti al vecchio registro). V. G.F. CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, (pp. 733-747). G.P. MANZELLA, *Responsabilità dello Stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 46, 1996, (pp. 426 - 433).

²⁹ Tale questione verrà affrontata al momento di approfondire i presupposti della responsabilità dello Stato. Per ora vogliamo anticipare i termini della questione riportando le parole di Giannantonio Benacchio, secondo cui "la responsabilità dello Stato sussiste non soltanto nei casi in cui la norma comunitaria non sia dotata di efficacia diretta. Infatti, l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato inadempiente non dovrebbe essere considerata un rimedio residuale esperibile solo nel caso in cui il singolo non abbia a disposizione alcun altro mezzo per vedere riconosciuti i propri diritti. In altre parole, la facoltà per i cittadini di far valere dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni del Trattato CE aventi effetto diretto costituisce solo una garanzia minima che non sempre è sufficiente a garantire i diritti attribuiti al singolo dal diritto comunitario e, soprattutto, ad impedire il verificarsi di un danno conseguente alla violazione imputabile ad uno stato membro". Cit. da BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole cit.*, pp. 131-132.

Stato trasgressore; a partire da tale sentenza, infatti, la Corte ha sempre sostenuto che il principio di responsabilità dello Stato è valido indipendentemente dall'organo la cui azione o omissione costituisca violazione, il che significa, d'accordo col diritto internazionale, che si ha responsabilità dello Stato anche nel caso in cui l'illecito dipenda dall'attività di un organo costituzionalmente indipendente³⁰.

A proposito, poi, dei requisiti dell'illecito comunitario, la Corte di giustizia ha stabilito una sorta di equiparazione fra il principio di responsabilità dello Stato a quello della responsabilità extracontrattuale della Comunità di cui all'art. 288 (ex 215) TCE, in tutti i casi in cui al legislatore sia stato riconosciuto un certo margine di discrezionalità nell'agire³¹. Siffatta equiparazione ha condotto all'introduzione dell'elemento della violazione "grave e manifesta" come secondo requisito di operatività della responsabilità, che si sovrappone a quello, meno restrittivo, delineato in Francovich, che si riferiva alla individuabilità del contenuto del diritto sulla base della direttiva non attuata³². A distanza di anni, tale sentenza è considerata storica anche perché da un lato affermò degli importanti principi in relazione alla quantificazione del danno risarcibile, e, dall'altro, perché sancì definitivamente che l'obbligo di risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente ad una sentenza di condanna

³⁰ Motivazione della sentenza n° 32: "il principio ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione". Per contro, nella sentenza Francovich la Corte di giustizia enunciò il principio della responsabilità dello Stato in relazione ad una controversia relativa al mancato recepimento di una direttiva che non aveva effetto diretto.

³¹ A proposito della responsabilità patrimoniale della Comunità, che non rientra nell'oggetto di analisi del presente lavoro, rinviando all'amplessissima letteratura disponibile. Per un commento ad una recente sentenza relativa alla responsabilità extracontrattuale della Commissione, v. M. POTO, *Responsabilità extracontrattuale della Commissione Europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10, 2007, (pp. 2051-2057).

³² Motivazione della sentenza n° 51: "Stando così le cose, un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi". Per qualificare la violazione come sufficientemente caratterizzata, il criterio decisivo è l'inosservanza manifesta e grave dei limiti imposti alla sua facoltà di apprezzamento. Tale elemento sarà approfondito nella sezione dedicati precipuamente ai presupposti per il sorgere della responsabilità.

dello Stato da parte della Corte di giustizia ex art. 226 TCE³³. In tal modo, il giudice comunitario ribadì la propria piena competenza circa la valutazione del comportamento degli Stati al momento di applicare il diritto comunitario, e la connessa responsabilità *ad extra*, ovvero nei confronti della Comunità. Allo stesso tempo, fu definitivamente chiaro che sul piano del diritto interno, il potere giudiziario nazionale può sindacare nel merito l'operato del potere legislativo, al di fuori delle previste ipotesi di costituzionalità delle leggi, con tutti i problemi che questo comporta nell'equilibrio fra poteri dello Stato³⁴.

³³ In altri termini non è necessario che la Corte di giustizia abbia preventivamente accertato, sulla base dell'art. 226 TCE (art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), l'inadempimento dello Stato medesimo. Motivazione della sentenza n° 90: "Si deve pertanto rispondere ai giudici nazionali che il risarcimento, a carico degli Stati membri, dei danni da essi causati ai singoli in conseguenza delle violazioni del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli. Peraltro, una forma particolare di risarcimento, quale è il risarcimento "esemplare" previsto dal diritto inglese, deve poter essere riconosciuto nell'ambito di reclami o azioni fondati sul diritto comunitario, qualora possa esserlo nell'ambito di reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno". La questione del rapporto fra risarcimento del danno e procedimento ex art. 226 TCE sarà approfondita più avanti; per ora, anticipiamo riportando quanto stabilito a riguardo nella sentenza, ovvero: "Ammettere che l'obbligo di risarcimento a carico dello Stato membro interessato possa essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una Sent. CGCE che abbia accertato l'inadempimento di cui trattasi equivarrebbe peraltro a rimettere in discussione il diritto al risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico comunitario. 95 Inoltre, subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché tale presupposto porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell' art. 169 del Trattato e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti conferiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell' ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento (in questo senso, sentenza 14 dicembre 1982, cause riunite 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, *Waterkeyn e a.*, Racc. pag. 4337, par. 16)". Tali principi sono stati ribaditi nella sentenza *Hedley Lomas*.

³⁴ Questa indicazione è stata tratta da PIZZETTI, *The King can do wrong: la responsabilità civile del legislatore nella giurisprudenza comunitaria cit.*, pp. 97 – 98.

La sentenza British Telecommunications. 26 marzo 1996.

Nel giudicare il caso British Telecommunications, la Corte precisò il contenuto del primo presupposto stabilito nella sentenza Francovich³⁵. In tale sentenza il giudice comunitario enunciò il principio secondo cui l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata dipende dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri al momento dell'applicazione del diritto comunitario. In particolare, stabilì che la mancata precisione e chiarezza della norma comunitaria può essere considerato elemento suscettibile di escludere la natura "grave e manifesta" della violazione commessa dallo Stato membro³⁶. Nel giudicare questo caso la Corte di giustizia ha scritto un passaggio importante in relazione ai criteri che orientano i giudici nazionali al momento di valutare la sussistenza o meno della violazione sufficientemente caratterizzata. A tal proposito la Corte di giustizia affermò di svolgere una funzione puramente orientativa, salva la facoltà di sostituirsi ai giudici nazionali quando disponga degli elementi necessari ai fini della decisione sulla sussistenza o meno di tale presupposto³⁷.

D'altro canto, la Corte di giustizia estese l'applicabilità della figura anche oltre il mancato recepimento della direttiva (omissione totale o parziale del legislatore), ricomprendendo le ipotesi di scorretto recepimento di una direttiva nell'ordinamento interno, e dunque anche quelle situazioni nelle quali si è in presenza di un atto legislativo nazionale, ancorché imperfetto

³⁵ Sent. CGCE, 26 marzo 1996, The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc. Causa C-392/93. Racc. I-01631. In questo caso la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi sui pregiudizi occorsi alla British Telecommunications a causa della scorretta applicazione della direttiva 90/531/CEE, del 17 settembre 1990 (relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni). Benché la determinazione dei servizi di telecomunicazione esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva fosse una prerogativa degli enti aggiudicatori, la norma britannica di recepimento procedette direttamente all'esclusione di determinati servizi. Fra i servizi esclusi non c'erano quelli di telefonia vocale prestati da British Telecommunications, che richiese, mediante ricorso davanti alla *High Court*, l'annullamento delle disposizioni della normativa inglese relative alle esclusioni, ed allo stesso tempo richiedeva un risarcimento per le spese sostenute per adattarsi alla normativa inglese, così come per i mancati guadagni a svantaggi rispetto ad altri operatori del settore esclusi dall'applicazione della direttiva.

³⁶ Tale elemento verrà approfondito nel paragrafo dedicato ai presupposti per l'applicazione del principio di responsabilità.

³⁷ Sentenza British Telecommunications, par. 41.

(comportamento attivo del legislatore). L'estensione dell'illecito comunitario ai comportamenti attivi, combinata con l'affermazione (introdotta nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*) secondo cui tale rimedio è applicabile anche in presenza di norme dotate di effetto diretto, ha comportato una modifica strutturale della figura, tanto da ampliarne la funzione; in questo modo, l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato si trasformò, come segnala Federico Gustavo Pizzetti, "da rimedio meramente residuale esperibile in assenza di altri strumenti per la tutela dei diritti, a strumento di tutela patrimoniale alternativo e concorrente alla via diretta e sostanziale, rappresentata dalla rivendicazione in giudizio del diritto contenuto nella norma comunitaria non recepita nell'ordinamento nazionale"³⁸. Questa sentenza aprì nuove prospettive e sollevò interrogativi su cui la Corte tornò nella giurisprudenza successiva.

³⁸ Cit. da PIZZETTI, *The King can do wrong: la responsabilità civile del legislatore nella giurisprudenza comunitaria cit.*, pag. 99.

La sentenza Hedley Lomas. 23 maggio 1996.

Il caso Hedley Lomas offrì alla Corte la possibilità di pronunciarsi su questioni all'epoca irrisolte perché, a differenza dei casi precedenti, si trattava di una controversia di natura amministrativa, sorta in seguito al rifiuto, da parte del Ministero dell'agricoltura, della pesca e dell'alimentazione britannico, di concedere alla società Hedley Lomas la licenza per l'esportazione verso la Spagna di bestiame ovino³⁹. In questo caso la Corte rimodellò il presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata, e, in particolar modo, intervenne sul rapporto fra la sufficiente caratterizzazione della violazione e il margine di apprezzamento lasciato agli Stati. A tal proposito il giudice comunitario stabilì che, nel caso in cui lo Stato violi il diritto comunitario in un ambito in cui disponga di un margine di discrezionalità particolarmente ridotto, la

³⁹ Sent. CGCE, 23 maggio 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* Causa C-5/94. Racc. I-02553. La sentenza è relativa alla responsabilità delle autorità britanniche per il rifiuto di rilasciare una licenza di esportazione ad un'impresa spagnola di allevamento ovino, richiesta dalla Lomas nell'ottobre del 1992. Nel decidere la questione pregiudiziale, la Corte di giustizia affermò: "L'obbligo di uno Stato membro di risarcire i danni causati ad un singolo dal diniego di una licenza di esportazione, in violazione dell'art. 34 del Trattato, sussiste in tutti i casi in cui la norma di diritto comunitario violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, si tratti di violazione grave e manifesta ed esista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli. Ciò premesso, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato da una violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, fermo restando che le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. Se lo Stato membro che ha trasgredito una disposizione di diritto comunitario che attribuisce diritti ai singoli non si trovava, al momento in cui ha commesso la trasgressione, di fronte a scelte normative e disponeva di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta, necessaria affinché sorga l'obbligo di risarcimento dei danni subiti". Come segnalato da Gian Paolo Manzella e Paolo Zotti, tale rifiuto, che è stato pratica costante dell'amministrazione britannica tra l'aprile del 1990 ed il gennaio 1993, era motivato dal mancato rispetto, da parte della Spagna, delle norme previste dalla direttiva 18 novembre 1974, n° 74/577 (G.U. L316, 10) relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione. Seppure ufficialmente trasposta nell'ordinamento spagnolo, la direttiva, secondo quanto era stato riferito alle autorità britanniche dalla Società spagnola per la protezione degli animali, non vi trovava effettiva applicazione sia perché i mattatoi non disponevano delle attrezzature tecniche necessarie, sia perché, pur avendole, non ne facevano appropriato utilizzo. Per un approfondimento dei fatti del caso, rimandiamo a G.P. MANZELLA, P. ZIOTTI, *Ancora sulla responsabilità di uno Stato Membro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 7, 1996, (pp. 647 - 648).

violazione sufficientemente caratterizzata è *in re ipsa*, ovvero consiste nella mera violazione⁴⁰. Nel corso della trattazione analizzeremo la posizione di chi sostiene che la Corte di giustizia sia caduta in contraddizione, affermando da un lato la necessità di svolgere il cosiddetto “test” della violazione sufficientemente caratterizzata e, allo stesso tempo, statuendo che nel caso in cui lo Stato goda di un margine di apprezzamento ridotto, quando non inesistente, la mera violazione del diritto comunitario è sufficiente per dimostrare di per sé che ci si trova di fronte ad una violazione sufficientemente caratterizzata⁴¹. Inoltre, la Corte affermò, coerentemente con la propria giurisprudenza, che spetta alle giurisdizioni nazionali la valutazione circa la sussistenza del nesso tra comportamento legittimo e danno subito e la determinazione delle modalità di un eventuale risarcimento tramite l'applicazione delle normative nazionali.

⁴⁰ Massima n° 4: “Se lo Stato membro che ha trasgredito una disposizione di diritto comunitario che attribuisce diritti ai singoli non si trovava, al momento in cui ha commesso la trasgressione, di fronte a scelte normative e disponeva di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta, necessaria affinché sorga l'obbligo di risarcimento dei danni subiti”.

⁴¹ Questa apparente incoerenza verrà in qualche modo superata dalla giurisprudenza successiva, quindi non intendiamo approfondire ulteriormente il tema. A tal proposito rimandiamo ad R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 62 – 64.

La sentenza Dillenkofer. 8 ottobre 1996.

Nella risoluzione di tale caso, alcune delle numerose ambiguità concettuali relative alla figura dell'illecito comunitario furono chiarite grazie all'inaugurazione, da parte della Corte di giustizia, di un nuovo approccio metodologico⁴². Nel risolvere una controversia sorta in seguito al mancato recepimento della direttiva 90/314/CEE, la Corte stabilì il principio (tutt'ora valido) secondo cui, qualora il risultato prescritto da una direttiva implichi l'attribuzione, a favore dei singoli, di diritti il cui contenuto possa essere sufficientemente individuato e, d'altra parte, sussista un nesso di causalità tra la violazione e il danno subito, la mancanza di qualsiasi provvedimento d'attuazione della direttiva nei termini stabiliti costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario (Massima n.1)⁴³.

⁴² Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845. Si tratta di un giudizio scaturito dal mancato recepimento da parte dello Stato tedesco della direttiva 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso". In particolare era rilevante quanto disposto nell'art. 7 della direttiva, secondo cui l'organizzatore e/o il venditore parte del contratto devono dare prove sufficienti di disporre di garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o di fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore. Il sig. Erich Dillenkofer ed altri cittadini tedeschi, che avevano stipulato contratti di cui alla direttiva, agirono davanti al Tribunale di Bonn per essere risarciti dallo Stato tedesco. Gli attori nel 1993 si trovarono di fronte al fallimento degli imprenditori con i quali aveva stipulato i vari contratti, per cui non poterono iniziare i viaggi; altri dovettero sostenere i costi per il ritorno al luogo di partenza, e tali somme furono oggetto delle azioni per ottenere il risarcimento da parte dello Stato tedesco. In tale contesto il Tribunale di Bonn presentò alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva 90/314/CEE, alle misure che lo Stato deve adottare per il suo recepimento, e, soprattutto, alla responsabilità per violazione del diritto comunitario. La Corte, nell'analizzare tale disposizione, constatò che "il risultato prescritto dall'art. 7 della direttiva comporta l'attribuzione, all'acquirente di viaggi "tutto compreso", di diritti che garantiscano il rimborso degli importi versati e il suo rimpatrio in caso di insolvenza o di fallimento dell'organizzatore" (motivazione della sentenza n° 42).

⁴³ La Corte, in questo caso, aderendo alle conclusioni dell'Avv. Gen. Tesauro, stabilì "che il requisito della violazione grave e manifesta del diritto comunitario è *in re ipsa* nella mancata attuazione della direttiva comunitaria nei termini ivi indicati". Cit. da T.V. RUSSO, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella prospettiva italo-comunitaria*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 1998, (pp. 808 - 843), pag. 835. In questo caso l'Avv. Gen. aveva affermato: "la mancata trasposizione di una direttiva nel termine da essa imposto è di per sé tale, ove sussistano le altre condizioni, da far sorgere l'obbligo risarcitorio dello Stato membro inadempiente, il quale non può pertanto giustificare l'eventuale ritardo nella trasposizione né adducendo che il termine prescritto si sia rivelato troppo breve, né che la trasposizione necessitava la consultazione di terzi interessati" (Par. n°5).

In altri termini, pur lasciando intatti i presupposti dell'illecito comunitario così come stabiliti nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, la Corte assunse una posizione particolarmente garantista nei confronti del cittadino, affermando che, nei casi di mancata attuazione delle direttive, la scadenza stessa del termine per recepire costituisce di per sé una violazione grave e manifesta⁴⁴. In secondo luogo, la Corte sviluppò il principio, già enunciato nella sentenza *Hedley Lomas*, secondo cui la sussistenza di un margine più o meno ampio di discrezionalità in relazione all'adempimento degli obblighi comunitari non può in alcun modo assurgere a criterio utile per stabilire la serietà della violazione⁴⁵. Infatti, secondo il ragionamento della Corte, una violazione è sufficientemente caratterizzata in primo luogo quando un'Istituzione o uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere normativo, ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale⁴⁶; d'altra parte, nell'ipotesi in cui lo Stato membro, al momento in cui ha commesso la trasgressione, disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto e, quindi, non avesse lo

⁴⁴ In questo modo il soggetto danneggiato può provare agevolmente detta violazione, attraverso la semplice dimostrazione del mancato rispetto dei termini da parte dello Stato - legislatore. Fino a quel momento, la Corte di giustizia sembra prevedere un doppio regime di responsabilità, contraddistinto dal test relativo alla violazione sufficientemente caratterizzata, o oggettivo, a seconda che esistesse o meno un margine di apprezzamento nell'intervento delle autorità nazionali. Con *Dillenkofer*, questo sistema viene unificato.

⁴⁵ Questo elemento verrà approfondito più avanti; tale principio, espresso nella sentenza attraverso una formula piuttosto involuta, è ben sintetizzato da Sacha Prechal, che a tal proposito afferma: "*From the judgment in Dillenkofer, it appears that the existence of discretion is not a criterion to decide whether the requirement of a sufficiently serious breach should be imposed or not. Since Dillenkofer, this is a requirement that applies in every case*". Cit. da S. PRECHAL, *Directives in EC law. Second, completely revisited edition*, Oxford University Press, New York, 2006, pag. 282. Detto principio è espresso dalla Corte di giustizia attraverso la seguente formula: "Infatti, anzitutto una violazione è sufficientemente grave e manifesta quando un'istituzione o uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere normativo, ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale (v. sentenze 25 maggio 1978, cause riunite 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, HNL e a./Consiglio e Commissione, Racc. pag. 1209, par. 6; *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, citata, par. 55, e *British Telecommunications*, citata, par. 42) e, in secondo luogo, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di cui trattasi, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta (v. sentenza *Hedley Lomas*, citata, par. 28)".

⁴⁶ Sul punto la Corte ha richiamato: Sent. CGCE, 25 maggio 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* ed altri contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee. Cause riunite 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77. Racc. 01209, par. 6; *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, citata, par. 55, e *British Telecommunications*, citata, par. 42.

spazio per operare scelte normative, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta⁴⁷.

La sentenza Denkavit. 17 ottobre 1996.

La Corte di giustizia fu chiamata a giudicare un caso scaturito dall'incompatibilità della normativa tedesca con la direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati Membri diversi⁴⁸. Il giudice comunitario si pronunciò su tre questioni pregiudiziali proposte dal

⁴⁷ Sentenza Hedley Lomas, par. 28.

⁴⁸ Sent. CGCE (Quinta Sezione), 17 ottobre 1996. Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen. Cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94. *Racc. I-05063*. Tale sentenza risolve una serie di questioni pregiudiziali presentate dal Tribunale economico – amministrativo di Colonia, sull'interpretazione della direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, sorte nell'ambito di tre ricorsi presentati da società olandesi con partecipazione nel capitale di società tedesche. Secondo tale direttiva (art. 3.1), la qualità di società madre è riconosciuta almeno ad ogni società di uno Stato membro che soddisfi alle condizioni di cui all'articolo 2 e che detenga nel capitale di una società di un altro Stato membro che soddisfi alle medesime condizioni una partecipazione minima del 25 per cento. Anche se il suo ambito di applicazione di estende alle società madri e figlie di Stati membri diversi, la direttiva riconosce a questi (art. 3.2) di non applicare la presente direttiva a quelle società di questo Stato membro che non conservano, per un periodo ininterrotto di almeno due anni, una partecipazione che dia diritto alla qualità di società madre o alle società nelle quali una società di un altro Stato membro non conservi, per un periodo ininterrotto di almeno due anni, siffatta partecipazione. L'art. 5, d'altra parte, stabilisce che gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre, almeno quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 25% nel capitale della società figlia, sono esenti dalla ritenuta alla fonte, e dispone altresì che (par. 3) la Repubblica federale di Germania può, fino a quando applica agli utili distribuiti un'aliquota d'imposta sulle società inferiore di almeno 11 punti a quella applicata agli utili non distribuiti e comunque non oltre la metà del 1996, prelevare, a titolo d'imposta compensativa, una ritenuta alla fonte pari al 5% sugli utili distribuiti dalle sue società figlie. I fatti del caso sono i seguenti: tre società di diritto olandese detenevano una partecipazione diretta al capitale di una società tedesca. In due casi tale partecipazione rimasta per qualche anno al di sotto del 20% del capitale della consociata, era in seguito salita oltre il 90% a seguito di nuove acquisizioni; la terza partecipazione, invece, superava fin dall'inizio il 90%. Le tre società si rivolsero al *Bundesamt für Finanzen* per essere ammesse al regime agevolativi previsto dalla direttiva per le società "madri e figlie". L'autorizzazione ad applicare l'aliquota ridotta non venne concessa perché l'art. 44.d) della Legge relativa all'imposta sul reddito riconosceva la qualità di capogruppo alla società che, al momento in cui l'imposta è esigibile, potesse provare di aver detenuto ininterrottamente da almeno dodici mesi una partecipazione diretta pari ad almeno un quarto del capitale nominale della consociata. Il caso è analizzato e commentato in S. CIPOLLINA, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, II, 1997, (pp. 12 - 28).

Finanzgericht di Colonia, fra le quali spicca quella attinente all'esistenza di un diritto al risarcimento del danno a vantaggio della società madre per la perdita di interessi subita a causa del differimento della distribuzione degli utili della consociata fino alla scadenza del periodo minimo di partecipazione stabilito nell'art. 3.2 della direttiva.

Secondo la società Denkavit, all'origine del danno vi era il non corretto recepimento della direttiva. Chiamata a giudicare sulla compatibilità fra diritto comunitario e diritto nazionale, la Corte di giustizia considerò che dai termini dell'art. 3.2 della direttiva, "e in particolare dall'uso del presente ("conservano") in tutte le versioni linguistiche salvo nella versione danese, si evince che la società capogruppo deve, per fruire dell'agevolazione fiscale, detenere una partecipazione nella consociata per un certo periodo, senza che sia necessario che tale periodo sia già terminato al momento della concessione dell'agevolazione fiscale. Tale interpretazione non risulta infirmata dal fatto che la versione danese di tale disposizione usi un tempo al passato"⁴⁹. In questo caso la Corte affermò che lo scorretto recepimento da parte della Repubblica Federale Tedesca dipendeva dal fatto che la direttiva era stata interpretata erroneamente, così come avvenuto nella quasi totalità degli altri Stati membri. Più in generale, stabilì che la gravità della violazione è direttamente proporzionale al grado di chiarezza e di precisione della norma violata. Pertanto, nel caso di specie, la Corte, pur ribadendo l'applicabilità del principio di responsabilità dello Stato anche in materia di scorretto recepimento di una direttiva, escluse la sussistenza del diritto al risarcimento proprio perché la disposizione della direttiva violata non aveva contenuto chiaro ed univoco.

⁴⁹ Motivazione n° 25.

La sentenza Könle. 1 giugno 1999.

Con questa sentenza si apre la fase delle pronunce “di seconda generazione”⁵⁰: infatti, è opinione comune che con la pronuncia Dillenkofer l’illecito comunitario avesse acquisito una propria struttura e che fosse stata sufficientemente definita, quanto meno nei suoi caratteri generali. In seguito alla sentenza Dillenkofer, la Corte intervenne in modo da estendere la figura dell’illecito comunitario allo Stato considerato in primo luogo nelle sue articolazioni politico-territoriali e, in secondo luogo, in riferimento ai soggetti di diritto amministrativo di cui lo Stato si compone⁵¹. Come vedremo fra breve, la questione consisteva nel risolvere una fondamentale contraddizione: da un lato, come sappiamo, la Corte di giustizia, in quanto organo comunitario, mantiene una considerazione unitaria di Stato, che quindi, nel momento in cui risulta inadempiente ad un obbligo comunitario, non può addurre motivazioni relative al riparto interno di competenze o alla sua natura composta, ma, d’altra parte, da più parti fu denunciata la necessità di individuare, all’interno dello Stato, il soggetto cui imputare la violazione e quindi chiamato, se del caso, a risarcire il danno⁵².

In questa sentenza, il giudice comunitario, chiamato a giudicare della compatibilità del regime della proprietà fondiaria disciplinato dal *Tiroler Grundverkehrsgesetz* del 1993 (legge tirolese relativa all’acquisto di beni immobili), con l’art. 73 B del Trattato (divenuto art. 56 CE), che vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi, affermò che negli Stati con struttura federale o regionale è indifferente, per l’insorgere dell’illecito comunitario, che il

⁵⁰ Sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Könle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. Racc. I-03099.

⁵¹ A proposito di queste sentenze di seconda generazione, Monica Claes ha affermato che “*While these may not contain any innovations and merely develop and refine the remedy with respect to the private law aspects for liability, some decisions did touch upon important national constitutional issues*”. Cit. da CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution cit.*, pag. 335.

⁵² “*Two related questions arose in these cases: whether the State can also be held liable for infringements attributable to an independent public law authority (allocation of responsibility); and whether an action in damages can also be brought directly against such authority or must be addressed against the State (allocation of liability)*”. Cit. da *Ibidem*, pag. 337. Queste questioni saranno approfondite nel corso della trattazione.

comportamento trasgressore sia imputabile agli organi centrali o a quelli decentrati⁵³. Il tema sarà approfondito nel prosieguo della trattazione.

La sentenza Rechberger. 15 giugno 1999.

La Corte di giustizia si pronunciò nuovamente sull'art. 7 della direttiva 90/314 concernente i viaggi tutto compreso, che è stata al centro di un intenso dibattito dottrinale e oggetto di ondivaghe interpretazioni giurisprudenziali⁵⁴. La sentenza riguardava profili di diritto privato nel settore del turismo, circa il rapporto fra l'operatore turistico e il consumatore – turista. Il giudice comunitario in questo caso fu chiamato a giudicare se un viaggio offerto a condizioni agevolate agli abbonati di un quotidiano rientrasse nel campo di applicazione di una direttiva. La Corte fu altresì interrogata riguardo all'applicabilità dell'illecito comunitario da parte dello Stato per scorretto recepimento della direttiva nei termini prescritti, poiché alla base del ricorso vi era un diniego di rimborso delle spese sostenute, in conseguenza della scorretta trasposizione dell'art. 7 della direttiva. In questo caso, la Corte, reputando che lo Stato membro non disponesse di alcun margine di apprezzamento rispetto alla data di entrata in vigore delle garanzie previste nell'art. 7 della direttiva 90/314, seguì l'orientamento inaugurato con la sentenza Dillenkofer e, pertanto, dichiarò la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata

⁵³ Paragrafo 64: "negli Stati membri a struttura federale, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti".

⁵⁴ Sent. CGCE, 15 giugno 1999, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e altri c. Repubblica d'Austria. Causa C-140/97. Racc. I-03499. A tal proposito si ricordino: Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845.; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 14 maggio 1998. - Verein für Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherungs AG. Causa C-364/96. Racc. I-02949; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 11 febbraio 1999, AFS Intercultural Programs Finland ry. Causa C-237/97. Racc. I-00825. Per un'ampia disamina di queste sentenze, v. M. FRAGOLA, *La figura del "consumatore-turista" e i diritti ad esso riconosciuti nell'ordinamento comunitario*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2001, (pp. 5 - 38).

del diritto comunitario⁵⁵. La risoluzione di questo caso offrì alla Corte la possibilità di intervenire sulla questione del nesso causale, ovvero della connessione di un evento con un comportamento, che nel caso in questione consisteva nel collegamento fra il danno sofferto dai ricorrenti e l'inadempimento dello Stato austriaco. Secondo le parole del giudice comunitario, "una volta assodata l'esistenza di un nesso di causalità diretto, la responsabilità dello Stato membro per violazione dell'art. 7 della direttiva non può essere esclusa a motivo di comportamenti imprudenti dell'organizzatore di viaggi o del verificarsi di eventi eccezionali o imprevedibili, in quanto tali circostanze non sono idonee ad escludere l'esistenza di un nesso di causalità diretto"⁵⁶. A tal proposito è in ogni caso condivisibile l'affermazione secondo cui "dal nesso causale diretto nei confronti dello Stato si ricava altresì il nesso causale indiretto nei confronti dell'organizzatore del viaggio, in quanto destinatari (in negativo) dell'armonizzazione comunitario cui vanno considerati anche i consumatori beneficiari (in positivo) delle disposizioni della direttiva"⁵⁷. Effettivamente la causa su cui si fondava l'obbligo di risarcimento da parte dello Stato consisteva nel mancato o scorretto recepimento della direttiva e, quindi, appariva del tutto autonoma rispetto al comportamento del terzo e completamente scollegata rispetto al verificarsi di "eventi eccezionali e imprevedibili", costituenti causa di forza maggiore. Trattando della concreta applicazione dell'illecito, vedremo come, in altre ipotesi di violazione del diritto comunitario, la forza maggiore, così come l'intervento di un terzo soggetto, sono stati considerati dai giudici nazionali come elementi decisivi nella determinazione del danno.

⁵⁵ Art. 7, direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso": "L'organizzatore e/o il venditore parte del contratto danno prove sufficienti di disporre di garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o di fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore". Fra i diversi autori che si sono concentrati nell'analisi di tale articolo, v. R. PARDOLESI, *Commento alla sentenza Rechberger*, in *Foro It.*, IV, 1998, (pp. 289).

⁵⁶ Massima n°2.

⁵⁷ Cit. da M. FRAGOLA, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi "tutto compreso" e responsabilità dello Stato*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 1999, (pp. 751 - 768), pp. 766 - 767.

La sentenza Haim II. 4 luglio 2000.

In questa sentenza la Corte di giustizia affermò che il principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario si applica a qualsiasi organismo pubblico⁵⁸. L'azione era stata promossa da un dentista contro un organismo di diritto pubblico, l' *"Associazione dei medici dentisti convenzionati della Renania del Nord"*, per il lucro cessante sofferto in seguito al rifiuto, considerato illecito, da parte dell'associazione, di iscrivere il soggetto nel proprio registro. A tal proposito, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di riconoscere la responsabilità per danni cagionati dalla violazione del diritto comunitario non solo a carico di uno Stato membro, ma anche di altro ente pubblico "autonomo", affermò che *"Il diritto comunitario non osta neppure alla sussistenza della responsabilità di un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario accanto a quella dello Stato membro stesso"* (Massima n. 1). Inoltre, a proposito della configurabilità come "grave e manifesta" della violazione realizzata da un ente pubblico che goda di scarsa discrezionalità sulla materia in questione, la Corte affermò che la discrezionalità rilevante per il diritto comunitario è unicamente quella dello Stato membro rispetto all'attuazione o meno della normativa comunitaria, risultando, pertanto, del tutto ininfluyente quella, invece, propria dei diversi enti legittimamente operanti al suo interno⁵⁹. Ciò significa che l'applicazione del principio di responsabilità dello Stato non soffre eccezioni nei casi in cui, secondo il diritto interno, la responsabilità sia imputabile a distinti organi o entità costituenti lo Stato.

⁵⁸ Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123.

⁵⁹ V. V. FERRARO, *La sentenza "Haim II" ed il problema della compatibilità del sistema di responsabilità extra-contrattuale per illeciti della Pubblica Amministrazione elaborato dalla Corte di giustizia con quello vigente in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, II, 2001, (pp. 416-432).

La sentenza Köbler. 30 settembre 2003.

In tale sentenza la figura dell'illecito comunitario è stata per la prima volta estesa anche all'operato di un giudice⁶⁰. La Corte, chiamata a pronunciarsi dal tribunale civile di Vienna, ha espressamente riconosciuto il principio secondo cui lo Stato, in quanto entità unitaria, è responsabile per la violazione degli impegni assunti, anche nell'ipotesi in cui la violazione del diritto comunitario derivi dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado⁶¹. Si tratta di un principio proveniente dal patrimonio

⁶⁰ Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239. Nella causa principale alla base della Sentenza fu promosso un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato e l'interpretazione degli artt. 1, 2, 3 del Regolamento n° 1612/68. La questione fu proposta nell'ambito di un'azione di responsabilità esercitata dal Sig. Köbler contro lo Stato austriaco per violazione del diritto comunitario da parte del *Verwaltungsgerichtshof* (giudice supremo austriaco in materia contenzioso-amministrativa). Illustriamo brevemente i fatti del caso. Si tratta di un'azione promossa da un professore universitario che prima di ottenere una cattedra presso l'Università di Innsbruck aveva lavorato in diverse università Europee; al prof. Köbler era stata negata l'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 della legge austriaca sulle retribuzioni, poiché tale normativa prevedeva che il beneficio potesse essere conseguito unicamente a seguito di anzianità maturata presso università svizzere. Quindi, Köbler agì contro il Ministero federale della Ricerca, contestando davanti al Tribunale amministrativo la conformità con il diritto comunitario della normativa austriaca, che appariva discriminatoria nel trattamento riservato ai cittadini austriaci rispetto agli altri cittadini comunitari. Il giudice di ultima istanza respinse le domande del professore, interpretando erroneamente le norme comunitarie ed omettendo di promuovere domanda pregiudiziale, violando, in questo modo l'art. 234 del Trattato CE. Il giudice civile, investito della causa di rinvio, sottopose alcune questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della legge ai sensi del diritto comunitario. Fra l'altro, il Tribunale di Vienna sottopose al giudice comunitario la questione "se il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono ad essi imputabili si applichi anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado e se, in caso affermativo, spetti all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento" (Motivazione n° 15). V., fra i numerosi commenti disponibili, D. SIMON, *La responsabilité des États membres en cas de violation de droit communautaire par une juridiction suprême*, in *European Law Review*, 11, 2003, (pp. 3 – 6); R. MEHDI, *Primauté du droit communautaire*, in *Journal du droit international*, in 2, 2004, (pp. 552 – 559). Tale sentenza è stata oggetto di numerosissimi commenti da parte della dottrina, che ha svolto un ruolo fondamentale nell'approfondimento degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia sui regimi statali di responsabilità del giudice. A tal proposito, v., fra gli altri, P. PIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della "Koblerizzazione" del diritto comunitario e del diritto degli stati membri* in *Il Diritto della Regione*, fasc. 5 - 6, 2004, (pp. 809 - 840).

⁶¹ Il fatto che si riferisca ad un organo giurisdizionale di ultimo grado dipende dal fatto che questo costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario. Par. 33: "In considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse

assilogico del diritto internazionale, globalmente condiviso dagli Stati membri, nonché richiamato nella Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶². Ciononostante, l'applicazione di un tale principio per la risoluzione di un caso concreto legato all'attività di un giudice risulta decisiva per le implicazioni che ne possono derivare su istituti, concetti e nozioni, in vista di una sua piena attuazione negli ordinamenti tradizionali⁶³. Riservandoci di tornare più avanti sulla responsabilità dello Stato – giudice, anticipiamo che la Corte ha affrontato le questioni relative al rapporto fra responsabilità risarcitoria per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali e principi dell'intangibilità della cosa giudicata e dell'indipendenza del potere giudiziario⁶⁴. Per quanto riguarda il primo principio, vedremo come, anche nel caso in cui lo Stato venga condannato al risarcimento dei danni in seguito a sentenza dettata in violazione del diritto comunitario, il giudicato viene confermato, proprio perché la validità dal punto di vista dell'ordinamento nazionale del giudicato medesimo costituisce

escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro”.

⁶² Art. 41 (“Equa soddisfazione”): “Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa”.

⁶³ Il fatto che la Corte nel caso di specie non abbia ravvisato i presupposti per condannare lo stato austriaco al risarcimento del danno di certo è del tutto irrilevante a proposito delle ricadute nei sistemi nazionali di quanto la Corte ha stabilito a proposito dell'illecito comunitario per fatto del giudice. Di “cambiamento epocale del ruolo del giudice nazionale”, a seguito delle sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo, parla Roberto Conti in R. CONTI, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 11, 2006, (pp. 1515 - 1528).

⁶⁴ Rispettivamente, nei parr. 23 e 17, 20, 26, 37, 41, 42, 48 e 64. Quanto stabilito in relazione al rapporto fra diritto comunitario e autorità di cosa giudicata, fu parzialmente corretto nella pronuncia Kapferer (Sent. CGCE (Prima Sezione), 16 marzo 2006, Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH. Causa C-234/04. Racc. I-02585). Par. 21: “Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, parr. 46 e 47)”. Per quanto riguarda il secondo punto, la Corte ha evidenziato che il principio in esame non investe la responsabilità personale del giudice, ma soltanto quella dello Stato; quindi tale principio non compromette i valori fondamentali dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario. I rilievi sollevati in questa sentenza sono commentati, fra gli altri, da G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Rassegna forense, parte 2, 1, 2005, (pp. 1 - 5).

presupposto dell'illecito comunitario dello Stato⁶⁵. Per cui la Corte confermò l'intangibilità del giudicato, considerandolo come un presupposto della responsabilità dello Stato, perché "è proprio la sua efficacia giuridica ed obbligatorietà che fonda la responsabilità dello Stato sul piano comunitario"⁶⁶.

Nel caso specifico, l'organo giurisdizionale nazionale non commise una violazione sufficientemente caratterizzata perché la questione che era chiamato a giudicare non trovava esplicita soluzione nei Trattati o nella giurisprudenza comunitaria e la decisione, relativa tanto al merito quanto alla mancata necessità di esperire una questione pregiudiziale, derivava da una lettura erronea della giurisprudenza della Corte di giustizia. Ai nostri fini, tuttavia, si tratta di una sentenza di estremo interesse, poiché il giudice è tornato sul significato del secondo presupposto, con l'intento di restringere il regime di responsabilità per fatto del giudice a casi eccezionali, anche se "comunque sempre scevro di un vaglio della componente soggettiva dell'organo che commette la violazione comunitaria"⁶⁷. Rientra nel secondo presupposto l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE.

⁶⁵ Questa segnalazione si trova in E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro It.*, 2006, (pp. 418 - 420), pag. 418. A tal proposito, l'autore sottolinea la diversità di oggetto e di parti fra il processo fonte del danno e quello di responsabilità.

⁶⁶ Cfr. E. SCODITTI, *"Francovich presa sul serio": la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro It.*, IV, 2004, (pp. 4 - 7).

⁶⁷ Cit. da C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6, pp. 661 - 682, pag. 670.

La sentenza Pfeiffer. 5 ottobre 2004.

Questa sentenza ha introdotto, seppur implicitamente, un principio dirompente nel processo di integrazione europea: quello dell'efficacia diretta orizzontale delle direttive che appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise⁶⁸. Come precedentemente segnalato, l'effetto diretto delle direttive è stato ammesso dalla Corte di giustizia esclusivamente nei rapporti verticali, mentre, quantomeno formalmente, è sempre stato escluso in senso orizzontale⁶⁹.

Si tratta di un caso in cui il legislatore tedesco, pur avendo recepito tempestivamente la direttiva 93/104 (tramite la legge sull'orario di lavoro del 6 giugno 1994), recepì scorrettamente la direttiva, consentendo, in base a quanto disposto dall'art. 7 della legge, a proposito dei periodi di permanenza obbligatoria, un superamento del tetto massimo di lavoro settimanale stabilito dalla direttiva comunitaria⁷⁰.

⁶⁸ Sent. CGCE (grande sezione), 5 ottobre 2004. Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) e Matthias Döbele (C-403/01) contro Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV. Cause riunite C-397/01 a C-403/01. Racc. 2004 pagina I-08835. Il Tribunale del lavoro di Lorrach, Germania, aveva interrogato la Corte circa l'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro ed in particolare dell'art. 6, che fissa la durata massima dell'orario di lavoro settimanale e sull'art. 18, n° 1, lett. B), sub i), che consente, qualora sussistano determinate condizioni, di non applicare l'art. 6 citato. Le controversie pendenti davanti al giudice tedesco vedevano contrapposte da un lato dipendenti o ex dipendenti della Croce Rossa e dall'altro la Croce Rossa in qualità di datrice di lavoro. Come segnala Rosario Petruso, "la controversia ha oggetto l'orario di lavoro settimanale, ed in particolare la necessità di conteggiare, ai fini della sua determinazione, i periodi di permanenza obbligatoria che i dipendenti della Croce Rossa tedesca sono tenuti a prestare". Cit. da PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia cit.*, pag. 719.

⁶⁹ Come già accennato, l'unico riverbero nei rapporti orizzontali si presenta nei fatti attraverso l'estensione della regola ermeneutica dell'interpretazione conforme. Roberto Mastroianni, circa l'ipotesi di direttive comunitarie non correttamente recepite, ha affermato: "La distinzione, operata dalla Corte di giustizia, tra effetti direttive orizzontali (esclusi) e verticali (ammessi) – ed in particolare il principio per cui la direttiva comunitaria non può, di per sé, essere invocata nei rapporti tra privati – non esclude che questa, in quanto fonte comunitaria «obbligatoria» ai sensi dell'art. 249 del Trattato CE, possa comunque avere una sua incidenza nel sistema «integrato» delle fonti". Cit. da R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2007, (pp. 585 – 608), pag. 586.

⁷⁰ A tal proposito richiamiamo il par. 19 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale del 27 aprile 2004: "Pertanto si deve ritenere che la legge tedesca sull'orario di lavoro sia diretta a recepire integralmente le disposizioni della direttiva 93/104. Essa tuttavia ha errato su

Alla Corte fu posto il quesito relativo alla possibilità, in caso di norma comunitaria sufficientemente precisa e incondizionata, di applicare ai rapporti intersoggettivi fra privati la disposizione comunitaria, previa disapplicazione della norma nazionale incompatibile. In questo modo il giudice comunitario ebbe l'occasione di intervenire su un terreno particolarmente sensibile da un punto di vista istituzionale e di tenuta complessiva nel sistema, ovvero nell'individuazione del limite fra l'interpretazione conforme e l'effetto diretto orizzontale delle direttive⁷¹. A tal proposito, la Corte ha negato l'efficacia diretta delle direttive nei rapporti orizzontali, ma al contempo ha affermato che "un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito"⁷². Secondo il ragionamento della Corte, se si considera che lo

un punto, ossia ha superato i limiti imposti dal corretto coordinamento tra i principi (artt. 1-16) e le deroghe (artt. 17 e 18), su cui si basa il regime istituito dalla direttiva. Si tratta, ovviamente, dell'art. 7, n°1, par. 1), lett. a), della predetta legge, configurato come deroga, giacché le altre disposizioni contengono le definizioni dell'orario di lavoro e dei periodi di riposo, che sono pienamente conformi alla disciplina comunitaria".

⁷¹ La Corte è intervenuta a questo riguardo in modo implicito, mentre ai principi citati fa riferimento espresso l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle Conclusioni del 27 aprile 2004: "16. Comprendo e condivido la preoccupazione di coloro che vedono un ostacolo a tale soluzione nel fatto che l'effetto diretto orizzontale delle direttive non è stato riconosciuto, ma conciliare la predetta linea giurisprudenziale, adottata contro il parere di alcuni avvocati generali e di buona parte della dottrina, con l'obbligo dell'«interpretazione conforme» è uno dei dilemmi più complessi del diritto comunitario, cui è difficile dare una soluzione di carattere generale. Ciononostante, vale la pena di approfondire l'analisi della situazione per cercare, quanto meno, una soluzione adeguata alle peculiarità delle presenti cause, che tenga conto del principio della preminenza del diritto comunitario, dell'obbligo di leale cooperazione che incombe agli Stati membri in forza dell'art. 10 CE e della natura normativa della direttiva, nonché degli effetti che essa produce nell'ordinamento giuridico istituito dal Trattato. Posso anticipare che nessuno degli argomenti dedotti nel corso della discussione mi ha pienamente convinto; 26. Interpretando la direttiva 68/151/CEE, non recepita nel diritto spagnolo, il cui obiettivo è limitare i casi di nullità delle società anonime per garantire la certezza del diritto nei rapporti tra la società e i terzi, come pure tra i soci, la Corte ha segnalato al giudice nazionale che era tenuto ad interpretare il proprio diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, *al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per una causa diversa da quelle elencate all'art. 11*".

⁷² Sentenza Pfeiffer, par. 119. Secondo quanto affermato dalla Corte, "Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, par. 2, della direttiva 93/104".

Stato membro intende adempiere tempestivamente agli obblighi di recepimento delle direttive, pertanto, si dovrà presumere che lo stesso Stato non sia intenzionato ad attenuare od eludere il contenuto della direttiva ponendo norme con essa incompatibili. Parallelamente, il giudice nazionale, al tempo stesso “giudice comunitario”, ha il dovere di attingere a tutto lo strumentario giuridico messo a disposizione dall'ordinamento giuridico per evitare risultati elusivi del processo di integrazione. Per cui, dietro l'espedito verbale di un'interpretazione conforme di così ampio respiro si nasconde, di fatto, l'applicabilità nei rapporti interprivati della direttiva mal recepita, poiché, di norma, il giudice potrà piegare la norma interna incompatibile con il diritto comunitario. Diversi autori hanno analizzato le conseguenze di questa svolta sul piano della responsabilità dello Stato membro per mancato o scorretto recepimento delle direttive⁷³. In primo luogo, la responsabilità dello Stato per i danni cagionati dalla sua condotta attiva o omissiva può sorgere solo ove il giudice nazionale non riesca a rintracciare disposizioni nazionali che gli consentano una interpretazione conforme al diritto comunitario. Pertanto, tornando al caso di specie, se i lavoratori non trovassero tutela attraverso questa via, non potrebbero fare altro che percorrere la via sussidiaria di promuovere azioni di responsabilità nei confronti dello Stato-legislatore per scorretto recepimento. Tuttavia, la tutela dei singoli non sarebbe totalmente assicurata nemmeno in caso di disapplicazione, nei rapporti interprivati, di una norma di legge di attuazione della direttiva in contrasto con la stessa. Infatti, nel caso in cui l'interpretazione conforme conduca ad una disapplicazione della disciplina, il datore di lavoro, anch'esso privato, che ha agito nel rispetto delle norme del suo ordinamento giuridico e per di più di quelle che recepiscono la direttiva, subirà un danno a causa dei maggiori oneri cui andrà incontro per l'errore nel recepimento da parte del legislatore interno. E a tal proposito, non basta affermare che i maggiori oneri che ricadrebbero sul privato sono quelli che il privato avrebbe dovuto sopportare se lo Stato membro avesse adempiuto correttamente agli

⁷³ A tal proposito, v. PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia cit.*, pp. 722 e ss..

obblighi comunitari, perché in tal caso verrebbero messi in pericolo valori quali la certezza del diritto, l'affidabilità dello Stato membro, e la serietà e credibilità del meccanismo istituzionale nel suo complesso. Inoltre, ciò significherebbe imporre al datore di lavoro di presumere lo scorretto recepimento da parte dello Stato membro, ovvero immaginare la scorrettezza dello Stato nell'adempimento degli obblighi comunitari. Dall'analisi del caso in questione, tra l'altro, emerge come non si tratti di un caso di interpretazione; infatti la Corte suggerisce, seppur implicitamente, al giudice nazionale, di disapplicare una disposizione nazionale, e di applicare altre disposizioni della normativa di attuazione al fine di conseguire gli obiettivi della direttiva. In altri termini, al giudice nazionale è richiesto di trascurare una disposizione speciale che deroga ad una disposizione generale, invertendo, così, i termini di un classico e collaudato metodo interpretativo. Questo ragionamento conduce a ritenere che dall'incompatibilità di una norma interna con il diritto comunitario dovrebbe conseguire non un effetto diretto orizzontale, ovvero fra privati, ma solo effetti in senso verticale. In particolare, effetti che discendono dalla prefigurazione della responsabilità dello Stato per scorretto recepimento di direttiva comunitaria⁷⁴.

⁷⁴ A proposito delle difficoltà pratiche dell'applicazione del principio dell'effetto diretto orizzontale, v. BECKER, *The Direct Effect of European Directives cit.*

La sentenza Traghetti del Mediterraneo. 13 giugno 2006.

In questa recente sentenza, la Corte di giustizia si è pronunciata in merito ad un rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale di Genova ed avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario delle norme italiane che limitano la responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie⁷⁵. La normativa italiana sulla responsabilità civile dei giudici si è confrontata, o meglio scontrata, con gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario da parte degli organi giurisdizionali di ultima istanza. In tale sentenza affiora il problema di un'applicazione eccessivamente episodica e discontinua del principio di cui si discute, per i vari fattori di resistenza ancora frapposti dallo Stato italiano, che rischia di tradire gli obiettivi del primato e dell'effettività del diritto comunitario⁷⁶. Nel risolvere tale caso, la Corte di giustizia ha dichiarato contraria al diritto comunitario l'esclusione da parte del diritto nazionale della responsabilità dello Stato

⁷⁵ Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana. Causa C-173/03. Racc. I-05177. La sentenza trae origine da una controversia fra la Traghetti del Mediterraneo SpA e la Tirrenia per violazione degli art. 81, 82, 86 e 87 del Trattato CE e della normativa nazionale sulla concorrenza sleale. La causa si prolungò per più di dieci anni prima di essere giudicata dalla Corte di Cassazione, che rigettò il ricorso per infondatezza dei motivi omettendo di rispettare l'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto per i giudici di ultima istanza. A tal proposito, la Corte di Cassazione ritenne evidente la compatibilità con i principi comunitari in tema di concorrenza e di aiuti di stato delle sovvenzioni corrisposte dal nostro paese alla Tirrenia, giacché le attività di quest'ultima venivano qualificate come servizi di interesse economico generale esclusi dal divieto di cui all'art. 87 del Trattato CE. Quindi, il danneggiato esercitò un'azione di risarcimento danni nei confronti dello Stato italiano in ragione di un'erronea applicazione da parte della Corte di Cassazione delle norme comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante (artt. 86 e 87 CE), nonché dell'art. 234 che obbliga i giudici di ultima istanza, richiesti di pronunciarsi su questioni di diritto comunitario, a fare rinvio alla Corte di giustizia. Il giudice nazionale questa volta decideva di sospendere la causa e di adire la Corte di giustizia, chiedendo se fosse compatibile con il diritto comunitario, alla luce dei principi enunciati dalla sentenza Köbler, la disciplina stabilita nella Legge 117/88 (risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), che esclude la responsabilità a proposito dell'attività di interpretazione di norme giuridiche e con la valutazione del fatto e delle prove, e nella parte in cui limita detta responsabilità ai casi di dolo o colpa grave dei magistrati (art. 2, comma 1 e 2). Per un breve commento a tale sentenza, v. C. NOURISSAT, *Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge*, in *Procédures*, 6, 2007, (pp. 17 – 18).

⁷⁶ Per un'analisi delle ripercussioni di tale sentenza sull'ordinamento italiano, v., fra gli altri, C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2006, (pp. 1116 - 1131).

per violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, per il motivo che la violazione risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale⁷⁷.

In questa sentenza la Corte di giustizia ha sottolineato le specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto e ha dichiarato che, se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente⁷⁸.

Questa sentenza ha avuto il merito di sollevare la questione degli eventuali conflitti fra diritto comunitario e regimi nazionali di responsabilità civile dei giudici. A tal proposito, condividiamo l'affermazione secondo cui tale sentenza "potrebbe indurre ad un più generale ripensamento della normativa nazionale sulla responsabilità civile dei giudici, in quanto è difficilmente ipotizzabile l'esistenza di un doppio binario di tutela, a seconda che l'azione risarcitoria trovi fondamento o meno nel diritto comunitario"⁷⁹. Rinviamo alle prossime pagine per una più approfondita analisi dell'illecito comunitario imputabile allo Stato – legislatore.

⁷⁷ Sentenza Traghetti del Mediterraneo, Massima n° 1: "Infatti, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro".

⁷⁸ Paragrafi 32 e 44.

⁷⁹ Cit. da F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2007, (pp. 55 - 89), pag. 69. L'autore prosegue il suo ragionamento affermando che "a ben riflettere, l'esistenza di discriminazioni derivanti dalla minore tutela delle azioni aquiliane fondate esclusivamente sul diritto nazionale, rispetto a quelle contemplate dal diritto comunitario, risulterebbe contraria al principio costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost."

La sentenza Danske Slagterier. 24 marzo 2009.

Con tale sentenza, la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti sollevati dal Bundesgerichtshof, chiamato a pronunciarsi su una richiesta di risarcimento da parte di Danske Slagterier, un'associazione di categoria di imprese danesi di macelli, nei confronti dello Stato tedesco, a seguito dell'imposizione (dal 1993 al 1999) di un divieto all'importazione di carne suina incompatibile con il diritto comunitario, da cui sarebbe derivato un danno pari ad almeno DEM 280 milioni⁸⁰.

La questione fondamentale per la risoluzione della controversia attiene al termine di prescrizione dell'azione⁸¹: infatti, nel caso venisse applicato il par. 852, n. 1, BGB, versione previgente, il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato sarebbe risultato prescritto⁸². Si tratta di verificare, pertanto, l'applicabilità di detto paragrafo, la compatibilità del termine triennale (ex par. 852, n. 1, BGB, versione previgente) con il diritto comunitario, la possibilità di una sua sospensione o interruzione a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione ex art. 226 – 228 TCE e la determinazione del *dies a quo*⁸³.

Sono necessarie poche righe per segnalare che il termine di prescrizione triennale per l'esercizio dell'azione risarcitoria previsto dal par. 852 BGB,

⁸⁰ Sent. CGCE (grande sezione), 24 marzo 2009, Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland. Causa C-445/06. Racc. 2009.

⁸¹ In realtà la Corte è stata chiamata a pronunciarsi anche su altri quesiti pregiudiziali, cui accenniamo solamente poiché relativi a questioni già pacificamente risolte. Ci riferiamo ai primi due quesiti, relativi alla sussistenza di un diritto, in capo ai produttori e ai commercianti di carni suine, al risarcimento del danno da parte dello Stato per violazione delle direttive 64/433 (artt. 5, n°1, lett. o), e 6, n°1, lett. b), sub iii)) e 89/662 (artt. 5, n° 1, 7 e 8) e alla possibilità per i soggetti danneggiati di far valere una violazione dell'art. 28 TCE. La Corte ha risolto le prime due questioni dichiarando che "i soggetti lesi dalla trasposizione e dall'applicazione carenti delle direttive 64/433 e 89/662 possono avvalersi del diritto alla libera circolazione delle merci per chiamare in causa la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario".

⁸² Infatti, i soggetti lesi hanno proposto ricorso nel dicembre 1999, mentre il decorso del termine sarebbe iniziato nella metà del 1996, data in cui, secondo tale giudice, i soggetti hanno avuto conoscenza del danno e dell'identità della persona su cui gravava la responsabilità.

⁸³ Il giudice comunitario è anche chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario del par. 839.3 del BGB, secondo cui un soggetto non può ottenere il risarcimento del danno nel caso in cui non abbia esercitato tutte le azioni disponibili a tale scopo.

versione previgente, è del tutto compatibile con il diritto comunitario⁸⁴. Maggiori rilievi problematici, piuttosto, sono connessi al fatto che in diritto tedesco non è chiaro quale norma sulla prescrizione debba essere applicata alla responsabilità dello Stato per illecito comunitario, poiché la norma menzionata è relativa alla responsabilità del funzionario⁸⁵.

La questione realmente problematica atteneva alla determinazione del *dies a quo*, ovvero al momento da cui decorre il termine di prescrizione

⁸⁴ Il termine triennale è previsto, peraltro, in relazione al periodo generale di prescrizione dei diritti nel progetto di Quadro Comune di Riferimento per il diritto privato europeo (DFCR III. – 7:201). A tal proposito, v. C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Sellier, Munich, 2008. A tal proposito ricordiamo incidentalmente che la Corte non impone tassativamente un termine per l'esercizio dell'azione, ma di volta in volta si esprime a proposito della compatibilità della disciplina nazionale con il diritto comunitario, delegandone al contempo il giudizio alle corti nazionali. Secondo un consolidato orientamento del giudice comunitario, le discipline processuali nazionali nel loro complesso (e quindi anche i termini previsti in seno ad esse) non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività). Per il resto, vige il principio di autonomia processuale, in forza del quale le modalità e i meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli dal diritto comunitario sono predisposti dagli ordinamenti interni, che a tale riguardo appaiono a tutt'oggi sensibilmente discordanti: in Germania il termine di prescrizione ordinario è di tre anni (§195 BGB), nel Regno Unito la disciplina di diritto comune impone un termine di sei anni, ma il *Limitation Act* del 1980 stabilisce in diversi casi un termine triennale; in Francia (art. 2224 *code civil*), Italia (art. 2947 cod. Civ.), Belgio (art. 2262 bis § 1 e 2), Paesi Bassi (art. 3:310 BW) e Grecia il termine è di cinque anni; l'ordinamento spagnolo prevede un termine di un anno (art. 1968 c.c. esp. e art. 142.4 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento común*); in Portogallo il diritto al risarcimento del danno prescrive in tre anni (art. 498 cod. Civ. Port.). Per una approfondita analisi dei regimi di prescrizione dei diritti, v. R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 62 – 169.

⁸⁵ L'Avvocato Generale segnala che al riguardo non vi è né una disciplina normativa né una consolidata giurisprudenza delle corti supreme, e che, a suo avviso, l'applicazione analogica dell'art. 852 BGB, versione previgente, rappresenta una violazione dei principi di certezza e chiarezza del diritto, nonché del principio di effettività. Si tratterebbe di un termine che non garantisce la certezza del diritto poiché non è previamente stabilito, e l'applicazione di detto articolo violerebbe anche il principio di equivalenza, poiché "il soggetto di diritto che rivendichi pretese, discendenti dal diritto nazionale, al risarcimento da parte dello Stato saprebbe quale normativa sulla prescrizione si applica alla propria pretesa, mentre colui che agisce in giudizio contro lo Stato tedesco invocando il diritto comunitario può solo fare congetture su quale disciplina in materia di prescrizione si applica in via analogica". La Corte a tal proposito ha affermato che spetta al giudice nazionale verificare, alla luce del principio d'effettività, se l'applicazione per analogia del termine ex art. 852, n°1, del BGB alle domande di risarcimento dei danni provocati a seguito della violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro interessato fosse sufficientemente prevedibile dai soggetti. Allo stesso modo, a proposito della compatibilità dell'applicazione per analogia del termine in parola con il principio di equivalenza, spetta al giudice nazionale accertare se le condizioni per il risarcimento dei danni causati ai soggetti dalla violazione del diritto comunitario non siano state meno favorevoli rispetto a quelle applicabili al risarcimento di danni analoghi di natura interna (par. 35).

dell'azione civile di responsabilità. Come noto, in mancanza di una disciplina dettata a livello comunitario, il regime di prescrizione dell'azione è regolato dagli ordinamenti nazionali, che trovano come unico limite i principi di equivalenza ed effettività⁸⁶. Ai regimi nazionali è delegata non solo la disciplina della durata del termine, ma anche la determinazione del momento da cui esso decorre⁸⁷. Nel caso in questione, il giudice interrogò la Corte a proposito della compatibilità con il diritto comunitario di un termine di prescrizione che inizi a decorrere dal momento in cui si siano verificati i primi effetti lesivi, e in cui “siano prevedibili ulteriori effetti analoghi”, anche in un momento precedente al completo recepimento della direttiva. La Corte ebbe così l'opportunità di ritornare su una questione in relazione alla quale non ha mai dettato una linea definitiva. Il giudice comunitario richiamò le sentenze Emmott e Manfredi, ma propose un soluzione difforme giustificata dalla diversità dei fatti del caso⁸⁸. Nella celebre sentenza Emmott la Corte aveva dichiarato che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo dal momento della trasposizione corretta della direttiva, e che lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti prima di tale momento⁸⁹. In questo modo, la Corte aveva

⁸⁶ A proposito del contenuto di tali principi, v. nota 5. Per una disamina di tale questione, v., fra gli altri, PRECHAL, *Directives in EC law. Second, completely revisited edition* cit., pp. 152 – 156.

⁸⁷ Anche a tal proposito, si notano discrepanze e diversità di orientamento non solo fra corti nazionali di Stati diversi, ma anche all'interno delle singole giurisdizioni nazionali. A tale questione sarà dedicata una specifica questione nel III capitolo.

⁸⁸ Rispettivamente, Sent. CGCE, 25 luglio 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General. Causa C-208/90. Racc. I-04269; Sent. CGCE, 13 luglio 2006, Manfredi e a.. Cause riunite da C-295/04 a C-298/04. Racc. I-6619.

⁸⁹ La sentenza trae origine da una controversia fra una cittadina irlandese e il *Minister for Social Welfare* (e l'*Attorney General*) d'Irlanda, a proposito del supplemento di prestazioni sociali reclamato dall'interessata sulla base dell'art. 4, n° 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, non correttamente recepita. A tal proposito la Corte ha stabilito che “Il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n° 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno”. A tal proposito, ricordiamo incidentalmente che, secondo quanto stabilito dalla Corte, lo Stato non può far valere la tardività dei termini di ricorso poiché, finché la direttiva non sia correttamente recepita, i singoli non sono tenuti ad avere conoscenza piena delle disposizioni in essa contenute. Infatti, a differenza del

affermato che il corretto recepimento della direttiva, ovvero un fatto di rilievo essenzialmente pubblico, incide anche sul decorso dei termini di un'azione di diritto privato, quale quella di cui ci stiamo occupando. Tale sentenza, che denota un atteggiamento particolarmente garantista nei confronti dei soggetti danneggiati, lungi dall'aprire una fase di progressivo ampliamento delle tutele dei diritti dei singoli, è rimasta un caso isolato, poiché la Corte, spinta probabilmente da considerazioni di opportunità⁹⁰, in un secondo tempo affermò che quanto ivi stabilito era giustificato dalle circostanze tipiche considerate in detta causa⁹¹.

La Corte tornò sul punto con la sentenza Manfredi, in cui affermò che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, decorrente dal giorno in cui un'intesa o una pratica concordata è stata posta in essere, può rendere praticamente impossibile l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, ma, al contempo, che tale valutazione spetta al giudice nazionale⁹².

diritto nazionale, il diritto comunitario non opera alcuna presunzione di conoscenza da parte dei cittadini.

⁹⁰ Ci riferiamo al fatto che un'applicazione meccanica del principio affermato nella sentenza Emmott esporrebbe gli Stati a gravi conseguenze economiche derivanti dal numero potenzialmente elevatissimo di azioni giudiziarie a tutela delle posizioni giuridiche violate a seguito delle violazioni ad essi imputabili. Tale tesi è sostenuta, tra l'altro, in Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, 26 giugno 1997, *Fantask A/S e.a. contro Industriministeriet (Erhvervministeriet)*. Causa C-188/95. Racc. I-06783, par. 68. Cfr. L. FLYNN, *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits*, in C. KILPATRICK, *The Future of Remedies in Europe*, Hart, Oxford - Portland Oregon, 2000, (pp. 50 - 67). L'autore sottolinea, tra l'altro, i difetti della soluzione affermata in questa sentenza, e le incongruenze rispetto all'orientamento generale della Corte.

⁹¹ A tal proposito la Corte richiama le sentenze: Sent. CGCE (Sesta Sezione), 17 luglio 1997, *Haahr Petroleum*. Causa C-90/94, Racc. pag. I-4085 (par. 52), e cause riunite C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Olieleskabet Danmark*, Racc. pag. I-4263 (par. 48).

⁹² La sentenza era relativa ad una richiesta di risarcimento danni da parte di un soggetto (il sig. Manfredi) per far condannare alcune compagnie di assicurazione alla restituzione delle maggiorazioni dei premi dell'«assicurazione RC auto» versate a seguito degli aumenti applicati in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. A proposito del termine di prescrizione, la Corte ha stabilito che spetta al giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 TCE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito. Ciò significa che, in caso di infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione può addirittura estinguersi prima che sia cessata l'infrazione; per cui, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di

Così come constatato dalla Corte, nel caso in questione il termine di prescrizione previsto nel BGB non può cominciare a decorrere prima che il soggetto leso abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità della persona tenuta al risarcimento. Di conseguenza, è impossibile che il termine di prescrizione inizi a decorrere ("e addirittura si estingua") senza che il soggetto danneggiato nemmeno sappia di essere stato leso. Il giudice rileva che tale eventualità si sarebbe potuta invece verificare nel contesto della controversia all'origine della sentenza Manfredi. Per cui, a differenza che in quest'ultimo caso, la Corte conclude che "il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola"⁹³.

A proposito del terzo requisito, ci si è interrogati intorno alle ipotesi di interruzione del nesso causale, fra le quali ricordiamo i casi di comportamento del soggetto danneggiato, di intervento di terzi soggetti o di forza maggiore. Nel caso in questione ci si trova di fronte all'eventualità che il nesso causale sia stato rotto poiché il soggetto danneggiato non ha esercitato tutte le azioni possibili a tutela della sua posizione giuridica.

prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso, anche prima che la direttiva sia correttamente recepita. Segnaliamo che le corti nazionali, chiamate a pronunciarsi su violazioni del diritto comunitario di natura continuata (fra cui spiccano i casi di tardivo recepimento di direttive), a proposito del momento di inizio di decorso del termine, hanno dimostrato orientamenti diffusi. La Corte di Cassazione italiana, in un caso di persistente violazione del diritto comunitario, ha adottato una soluzione particolarmente favorevole al ricorrente (Trentin c. INPS, It. Cass., Giugno 4, 2002, [2002] Foro It. No. 10, Pt 1, Col.2662), mentre altre corti nazionali si sono dimostrate decisamente meno sensibili in tema di tutela della posizione dei cittadini danneggiati. Ad esempio, nel caso Dillenkofer, in cui erano state promosse 9000 azioni, per un ammontare di 20 milioni di marchi, solo gli attori che avevano acquistato un pacchetto viaggio dopo lo spirare del termine per il recepimento e prima della tardiva trasposizione della direttiva, ottennero il risarcimento. (Oberlandsgericht Köln, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95).

⁹³ Evidentemente, anche nel caso in questione, la Corte ritiene che i fatti del caso le consentano di discostarsi dalla sentenza Emmott. Quindi, il *dies a quo* può risalire anche a un momento precedente la data della corretta trasposizione della direttiva, e può addirittura scadere prima di tale momento. La Corte a tal proposito richiama, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, anche la Sent. CGCE, 15 settembre 1998, Ansaldo Energia e a. Cause riunite da C-279/96 a C-281/96. Racc. I-5025, par. 20.

Nel caso in questione, la Corte affermò che l'imposizione ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione appariva contrario al principio di effettività. Anche il giudice comunitario affermò che il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disciplina nazionale quale quella ex par. 839, n. 3, del BGB, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in giudizio in parola. In concreto, tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale, se tale caso si verifichi effettivamente.

La responsabilità patrimoniale dello Stato nelle sue diverse funzioni e articolazioni.

La rassegna delle sentenze della Corte di giustizia relative all'illecito comunitario è stata svolta per dare conto dell'evoluzione di tale figura, e della sua progressiva applicazione alle diverse funzioni e articolazioni dello Stato⁹⁴. Lo stesso giudice comunitario è stato quindi costante nell'affermare che il principio di responsabilità dello Stato opera quale che sia l'organo la cui azione od omissione vi abbia dato origine.

La soluzione per cui l'illecito comunitario si applica a prescindere dall'organo statale cui sia concretamente imputabile la violazione appare in linea con il principio secondo cui lo Stato ha la capacità di autoorganizzarsi e, pertanto, di decidere la propria organizzazione interna. D'altra parte, la contropartita a questa libertà, è costituita dal principio di unità agli effetti della responsabilità sul piano internazionale⁹⁵. La situazione è però diversa nel caso di responsabilità patrimoniale nei confronti dei soggetti concretamente danneggiati. In questo caso, infatti, la Corte ha più volte affermato che lo Stato non risponde unitariamente. Per esempio nella sentenza *Könle* è stato stabilito che l'obbligo risarcitorio può essere posto non necessariamente a carico dello Stato, ma anche di un suo *Land*, o di un altro ente pubblico, giuridicamente distinto dallo Stato; "peraltro, dalla considerazione che lo Stato deve assicurare in ogni caso l'effettiva garanzia del diritto al risarcimento, deriva che, sia pure in via sussidiaria, la responsabilità risarcitoria dello Stato non può mai essere esclusa. Qualora la determinazione – ai sensi del diritto interno – di un altro ente, tenuto ad effettuare il risarcimento, o difficoltà maggiori rispetto

⁹⁴ Infatti, come sappiamo, la Corte ha affrontato casi di violazione del diritto comunitario commessi dallo Stato legislatore (sentenze *Francovich*, *Wagner Miret*, *Faccini Dori*, *Brasserie du Pêcheur /Factortame III*, Corte *Inglés*, *British Telecom*, *Dillenkofer*, *Denkavit*, *Rechberger*), dallo Stato amministrazione (sentenza *Hedley Lomas*), dallo Stato giudice (sentenze *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*) e dallo Stato nelle sue articolazioni territoriali, amministrative o funzionali (*Könle*, *Haim II*).

⁹⁵ Assemblea Generale ONU, *Risoluzione 56/83*, 12 Dic. 2001, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc., A/RES/56/83.

ad analoghe azioni promuovibili contro lo Stato in base all'ordinamento nazionale, lo Stato resterebbe comunque responsabile"⁹⁶.

La sussistenza di articolazioni politiche substatali, come vedremo, non può essere ignorata se si considera l'applicazione della figura dell'illecito comunitario, ma appare del tutto irrilevante in relazione ai doveri assunti dallo Stato nei confronti dell'ente sopranazionale.

In sintesi, la Corte di giustizia ha fornito diversi criteri a proposito della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile alle sue articolazioni funzionali, territoriali e amministrative. A tal proposito, ricordiamo il principio secondo cui uno Stato membro non può allegare disposizioni, prassi o circostanze proprie dell'ordinamento giuridico interno per giustificare l'inadempimento degli obblighi e per il mancato rispetto dei termini per il recepimento di una direttiva. D'altra parte, il giudice comunitario ha anche affermato che il risarcimento dei danni causati ai cittadini da norme interne contrarie al diritto comunitario, nei casi di Stati membri a struttura federale, non deve essere necessariamente imputato allo Stato federale, e in seguito ha precisato che soggetti passivi dell'azione di responsabilità possono essere anche collettività territoriali e organismi di diritto pubblico diversi dallo Stato⁹⁷. Inoltre, il diritto comunitario non si oppone all'accumulo di responsabilità né al fatto che ci possa essere, allo stesso tempo, la

⁹⁶ Cit. da U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2, 2003, (pp. 241 - 279), pag. 271.

⁹⁷ Ci riferiamo alla Sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Könle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. Racc. I-03099. Massima numero 6: "Spetta agli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento. Uno Stato membro non può pertanto far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo. Fatto salvo ciò, il diritto comunitario non impone agli Stati membri alcuna modifica della ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti pubblici territoriali esistenti nel loro territorio. Purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno, gli obblighi comunitari sono rispettati". La questione della violazione da parte di un'autorità decentrata è stata trattata in modo particolarmente approfondito dalla dottrina spagnola, da sempre abituata a declinare le questioni giuridiche a proposito degli ordinamenti decentrati. Lasciando questo argomento ai prossimi capitoli non ci resta che precisare lo spettro dei casi che si presenta in relazione alla responsabilità per violazione del diritto comunitario. A proposito di tale aspetto v. la citata sentenza Haim II, e la relativa dottrina.

responsabilità dello Stato e di un organismo di diritto pubblico. Allo stesso modo, in determinate circostanze, in caso di violazione del diritto comunitario da parte di un funzionario dello Stato, il diritto comunitario non osta alla configurazione di una responsabilità solidale o congiunta fra Stato e funzionario⁹⁸. Infine, come sappiamo, la responsabilità dello Stato può essere applicata anche quando la violazione sia imputabile ad un organismo pubblico indipendente⁹⁹.

La responsabilità dello Stato legislatore.

Come appena accennato, tutte le autorità nazionali partecipano all'applicazione del diritto comunitario e devono, ai sensi dell'art. 10 del Trattato della Comunità Europea, collaborare lealmente ed attivamente a questo scopo. Per quanto riguarda l'illecito comunitario dello Stato legislatore, si possono distinguere i casi di comportamenti attivi, consistenti nell'emanazione di nuovi atti legislativi e regolamentari dello Stato contrari al diritto comunitario (cui si aggiunge il caso di recepimento scorretto), dai comportamenti omissivi, ovvero dal mancato adeguamento della legislazione nazionale alla norma comunitaria e dall'inattività manifesta nel caso di mancato recepimento di una direttiva comunitaria

⁹⁸ Sent. CGCE (grande sezione), 17 aprile 2007, A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio e Tarmo Lehtinen. Causa C-470/03. Racc. I-02749, par. 98: "Il diritto comunitario non osta all'accertamento della responsabilità in capo a un soggetto di diritto diverso da uno Stato membro, in aggiunta a quella dello Stato membro stesso, per i danni provocati ai singoli da provvedimenti che tale soggetto di diritto abbia adottato in violazione del diritto comunitario (v., in questo senso, sentenza Haim cit., par. 32)". A tal proposito, v. A. BARAV, *El papel comunitario del juez nacional y el Estatuto del Justiciable comunitario*, in J.H. MARTINEZ DE VELASCO, *La Articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 259 – 335), pag. 327; F. KAUFF-GAZIN e D. SIMON, *Responsabilité des États membres. Conditions d'attribution à l'État du comportement d'un fonctionnaire, in Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 6, 2007, (pp. 58 – 59).

⁹⁹ Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123. Motivazione della sentenza n° 37: "Queste tre condizioni devono sussistere tanto nel caso in cui i danni per i quali è richiesto il risarcimento derivino da un'inazione dello Stato membro, ad esempio per la mancata trasposizione di una direttiva comunitaria, quanto nel caso in cui essi derivino dall'adozione di un atto legislativo o amministrativo violante il diritto comunitario, che sia stato adottato dallo Stato membro stesso o da un ente di diritto pubblico giuridicamente indipendente funzionario dallo Stato".

entro il termine stabilito¹⁰⁰. Prima di affrontare in concreto queste ipotesi, intendiamo offrire alcune nozioni di carattere generale per presentare le peculiarità e i profili di criticità da un punto di vista dogmatico.

La possibilità che lo Stato sia condannato al risarcimento del danno per fatto del legislatore ha sollevato un intenso dibattito collegato al fatto che, come noto, nelle democrazie classiche, caratterizzate da una rigida separazione dei poteri, il legislatore non può, strutturalmente e concettualmente, essere condannato al risarcimento del danno nei confronti dei soggetti danneggiati dalla sua attività¹⁰¹. Infatti, il dogma dell'infallibilità del legislatore, sintetizzato tramite l'antica formula "*the King can do no wrong*", implica necessariamente "la difficoltà di un accostamento tra le categorie civilistiche della responsabilità aquiliana e la sfera di estesa discrezionalità che compete al legislatore, deputato a compiere scelte politiche nell'interesse della collettività"¹⁰². A tal proposito, ricordiamo quanto stabilito nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del

¹⁰⁰ A tal proposito, Chiara Pasquinelli ha opportunamente affermato che "la Corte di giustizia, oltre ad introdurre negli ordinamenti degli Stati membri l'istituto, a lungo rifiutato, della responsabilità civile per atti legislativi, prende una netta posizione su una delle sue più discusse fattispecie, inducendo ad interrogarsi intorno all'eventualità che possano essere sindacate su un piano risarcitorio anche altre vicende dannose in cui il legislatore ometta di dare attuazione a precetti normativi per esso vincolanti". Cit. da C. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 07/08, 2008, (pp. 1578 – 1590), pag. 1581.

¹⁰¹ A tal proposito, richiamiamo quanto affermato da Monica Claes: "... *the idea that the State could not be held liable in damages for acts or omissions of the primary Legislature was, and still is, a widespread dogma. The immunity of the King as Sovereign has been taken over by the State acting as the primary legislature, the expression of the Sovereign Will of People, or by Parliament itself. Among the arguments against liability of the State for acts or omissions by Parliament are the most fundamental principles of democracy, separation of powers, absence of judicial review of primary legislation, and the notion that the courts should not interfere with law-making. Other arguments include the more practical idea that the law-making power must not be hindered by the threat of damage claims, the idea that Acts of Parliament are general and abstract, or the claim that primary legislation will hardly ever directly cause damage to individuals, and finally the floodgate argument. The risk for wrongful legislation, or legislation which otherwise causes damage, thus lies not with the State, but with the individuals or companies suffering harm. In some systems, liability for legislative wrong may be excluded on grounds of a theoretical conception or rights which the citizen may have against the legislating State or of the duties which the legislating State has vis-à-vis individual citizens; or the fact that the legislative State acts in the "general interest"*". Cit. da CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution* cit., pp. 286 – 287.

¹⁰² Cit. da PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora cit.*, pag. 1580. Tale formula appare in testi fondamentali della letteratura giuridica inglese, fra i quali ricordiamo gli *Institutes of the Laws of England* di Edward Coke e i *Commentaries on the Laws of England* di Edward Blackstone. A tal proposito, v. H. BARRY, *The King can do no wrong*, in *Virginia Law Review*, 11, 5, 1925, (pp. 349 - 371).

Cittadino del 1789, che nell'art. 4 stabilisce: "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di quegli stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati solo dalla Legge"; la legge è l'espressione della volontà generale (art. 6), per cui le leggi pongono limiti che i cittadini devono rispettare. L'eventualità che un legislatore possa essere condannato al risarcimento dei danni è conseguenza della progressiva erosione del dogma dell'infallibilità dei poteri legislativi nazionali, a seguito del diffondersi delle Costituzioni rigide del XX secolo, ovvero di un paradigma di legalità vincolante non solo per i poteri esecutivo e giudiziario, ma anche per il legislatore ordinario¹⁰³.

La progressiva formazione di un diritto comunitario ha aggiunto un ulteriore livello alla gerarchia delle fonti; il diritto di fonte sovranazionale costituisce, pertanto, un nuovo parametro di legalità, che limita lo Stato nella propria discrezionalità e pone le premesse per prefigurare una forma di responsabilità patrimoniale nei confronti di soggetti che soffrano un danno che, secondo il diritto sovranazionale, non avrebbero il dovere di sopportare¹⁰⁴. A tal proposito, nelle conclusioni alla sentenza Francovich,

¹⁰³ "... la ricerca delle ragioni profonde che militano a favore della responsabilità dello Stato per il fatto del legislatore conduce ... alle radici ideali della tradizionale formula Stato-di-diritto, all'avvento storico delle Costituzioni rigide e all'affermarsi del controllo di costituzionalità delle leggi: frontiere del diritto moderno dalle quali è irrealistico pensare di poter regredire". Cit. da C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Politica del diritto*, 3, 2007, pp. 347 - 375, pag. 359. Ciò detto, ricordiamo che in tempi recenti la Corte di Cassazione ha continuato a declamare il dogma dell'irresponsabilità del legislatore, in quanto estrinsecazione del principio di sovranità. A tal proposito, Giorgio Lombardi ha affermato che "il rapido modificarsi degli eventi, in seguito all'irrompere della giurisprudenza comunitaria, benché ancora in fase embrionale, è però stato possibile proprio in quanto proveniente da "altro" ordinamento, là dove l'alterità è forse elemento ancora più importante della sovraordinazione. Le frontiere esterne del diritto sono più facilmente riconoscibili – e ad esse ci si adegua con minore difficoltà e forse, con maggiore rassegnazione – di quelle interne, che richiedono uno sforzo assai più importante, perché implicano la necessità di riflessione al proprio interno". Cit. da G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, parte 1, fasc. 11, 2000, (pp. 1099 – 1104), pp. 1103 – 1104.

¹⁰⁴ Anche la Corte Europea di Strasburgo ostenta da tempo la legittimazione al controllo della compatibilità della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo con le leggi nazionali e a disporre una forma di risarcimento, quando sia richiesta dal soggetto danneggiato. In altri termini, le norme della CEDU integrano il parametro di costituzionalità al pari di tutti i trattati internazionali, così come stabilito dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (in *Foro It.*, 2008, c. 39 e c. 40). A tal proposito, v. Corte EDU, 6 aprile 2000, *Thlimenos c. Grecia*, in www.echr.coe.int, che si riferisce ad un caso

l'Avvocato Generale Mischo ha affermato che "non è esagerato affermare che, per quanto riguarda la trasposizione delle direttive, il legislatore si trova in una posizione analoga a quella dell'amministrazione incaricata dell'esecuzione di una legge"¹⁰⁵.

Da questo punto di vista, l'elaborazione di un parametro mediante il quale valutare l'attività del legislatore nazionale e, se del caso, la condanna al risarcimento dei danni, costituisce un forte elemento di discontinuità rispetto a quanto stabilito a tal proposito negli ordinamenti nazionali, che tradizionalmente non prevedono un illecito dello Stato legislatore, fonte di obblighi risarcitori¹⁰⁶. Infatti, a livello statale, solo in dottrina è stata sollevata la questione relativa alla possibilità, in casi del tutto eccezionali, di prefigurare una forma di responsabilità patrimoniale del legislatore¹⁰⁷. Comunque, tralasciando tale dibattito, sorto non solo in Europa¹⁰⁸, possiamo comunque affermare che la responsabilità dello Stato legislatore

di omissione legislativa in materia di discriminazione religiosa. Fra le fonti del diritto che vincolano l'attività del legislatore vanno annoverati anche i diritti fondamentali. A tal proposito, Giuseppe Tesaurò ha affermato: "Quando il legislatore sia tenuto, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, all'osservanza di determinati vincoli imposti da norme e principi superiori (norme costituzionali o comunitarie), osservanza che pure è sottoposta a controllo, sia di costituzionalità che di compatibilità comunitaria, non v'è ragione alcuna di teoria giuridica generale o norma scritta o non scritta per negare che il danno eventualmente prodotto dalla violazione di quei vincoli debba essere risarcito. D'altra parte, se si ammette che l'esercizio legittimo della funzione legislativa possa dar luogo ad indennizzo (si pensi a una legge di nazionalizzazione o di esproprio), francamente non si capisce dove risieda l'ostacolo giuridico a che un esercizio illegittimo della funzione legislativa dia luogo a risarcimento del danno". Cit. da G. TESAURÒ, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, pp. 27 – 28.

¹⁰⁵ Conclusioni, n° 47.

¹⁰⁶ A tal proposito, segnaliamo che la responsabilità dello Stato legislatore, trova applicazione discontinua e sottoposta a condizioni restrittive anche negli ordinamenti in cui trova qualche fondamento costituzionale o legislativo, fra cui ricordiamo la Spagna (a tal proposito, v. il capitolo dedicato), il Portogallo (Articolo 21, paragrafo 1, della Costituzione del 2 aprile 1976 (art. 22 dopo la revisione del 30 settembre del 1982)), i Paesi Bassi (Sentenza del Tribunale di Hoge Raad dell'11 ottobre 1992, Van Hilten, NJ/AB 1992, 62 e sentenza del tribunale dell'Haya del 18 luglio 1984, Roussel Laboratoria e.a./Stato olandese (Minidoc n° QP/01013-P1) e la Grecia (Art. 105 della legge di introduzione al codice civile). Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato* cit., pag. 300. Un'esauriente panoramica relativa a diversi sviluppi nazionali della teoria responsabilità del legislatore è offerta in CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution* cit., pp. 286 – 301.

¹⁰⁷ In particolare, alcuni autori hanno sostenuto la possibilità di prevedere una forma di responsabilità patrimoniale a carico del legislatore per i danni causati da leggi ordinarie in un secondo tempo dichiarate incostituzionali. A tal proposito v. S. UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato*, in *Contratto e impresa*, 3 Maggio-Giugno, 2008, (pp. 646-667).

¹⁰⁸ Un breve cenno all'esperienza degli Stati Uniti è offerto in LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore* cit., pag. 1104.

ha fondamenti diversi a seconda che derivi da condotta incostituzionale o incompatibile con il diritto comunitario¹⁰⁹. Nel corso della trattazione affronteremo le conseguenze, non certo soddisfacenti, derivanti dal perdurare da questa duplicità di strumenti di tutela a fronte di posizioni giuridiche soggettive dal contenuto analogo¹¹⁰.

Tornando alla fattispecie di responsabilità oggetto di questa ricerca, ricordiamo che per garantire la piena applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici interni, gli Stati membri sono, il più delle volte, tenuti ad approvare norme interne di recepimento ed applicazione della normativa comunitaria. Pertanto, esclusi i rari casi in cui una normativa nazionale preesistente risulta compatibile e coerente con una direttiva successivamente emanata, la collaborazione attiva da parte dei legislatori nazionali risulta necessaria¹¹¹.

L'illecito comunitario può sorgere, in primo luogo, a seguito di una violazione del diritto comunitario originario. Gli Stati sono infatti tenuti ad attenersi a quanto previsto nei Trattati, e, in riferimento al potere legislativo, devono vegliare affinché la propria legislazione non sia in contrasto con essi. Gli Stati membri dell'Unione Europea sono, infatti, obbligati ad adeguare progressivamente il proprio ordinamento all'ordinamento giuridico comunitario; ciò vale non solo in relazione al diritto comunitario originario, ma anche, e soprattutto, in relazione al diritto derivato, e, in particolar modo, alle direttive¹¹². Come poc'anzi accennato,

¹⁰⁹ A tal proposito, v. V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contratto e impresa. Europa*, fasc. 1, 1999, (pp. 101 - 123), pp. 115 - 121.

¹¹⁰ Tesi sostenuta, fra gli altri, in UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato cit.*, pp. 651 - 652.

¹¹¹ Si pensi al caso dell'AGB-Gesetz 1976 (Legge sulla materia di credito al consumo tedesca), che il legislatore comunitario ha preso a modello per la redazione della corrispondente direttiva. In un caso di questo genere, ovviamente non trova applicazione la responsabilità patrimoniale per violazione del diritto comunitario, perché, in mancanza di reale difformità della disciplina nazionale rispetto al diritto comunitario, non si può produrre il danno.

¹¹² Il caso delle direttive è quello più significativo, ma non l'unico. Benché di regola i regolamenti si integrino negli ordinamenti giuridici nazionali senza bisogno di misure di recepimento, spesso necessitano di norme applicative. Tuttavia, le caratteristiche strutturali dei regolamenti rendono estremamente improbabile che vi sia una violazione di un regolamento comunitario cui possa derivare una forma di responsabilità patrimoniale in capo allo Stato. A tal proposito, rinviamo al caso Muñoz, cui fa riferimento PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia cit.*, nota 69.

il recepimento delle direttive richiede l'adozione di misure normative da parte dei legislatori nazionali. Secondo la regola generale, infatti, la piena applicazione della direttiva deve essere effettivamente garantita da disposizioni legislative o regolamentari, o da principi generali del diritto interno. In relazione al recepimento delle direttive, in primo luogo si dà il caso di scorretto recepimento di una direttiva, o di non conformità della normativa nazionale con l'obiettivo stabilito dalla direttiva. Il secondo caso si verifica, invece, quando lo Stato non recepisce la direttiva comunitaria o la recepisce oltre la scadenza del termine. Il mancato, tardivo o scorretto recepimento delle direttive comunitarie costituisce una violazione degli artt. 10 e 249 TCE; si tratta di una violazione particolarmente grave perché in questo modo lo Stato trasgressore, oltre a mettere in pericolo il principio di eguaglianza fra i cittadini, ostacola l'applicazione uniforme del diritto comunitario, e, in definitiva, il processo di integrazione nel suo complesso¹¹³. Tale violazione (cui si aggiunge la fattispecie di trasposizione scorretta), costituisce la violazione del diritto comunitario che ha più spesso dato luogo a illecito comunitario¹¹⁴.

Prima di proseguire nell'analisi dell'illecito comunitario riferibile alle altre funzioni dello Stato, riassumiamo quanto segnalato in queste ultime pagine. In primo luogo, possiamo concludere che la contraddizione fra diritto interno e diritto comunitario può avvenire in diversi modi e per diverse cause, che bisogna tenere distinti proprio perché questa articolazione è di particolare rilevanza al momento di considerare la responsabilità che ne consegue. Come accennato in precedenza, la violazione può derivare da una condotta omissiva da parte del legislatore, che non recepisce la direttiva entro il termine che questa abbia stabilito¹¹⁵. Il caso opposto consiste in una condotta attiva, ovvero nell'approvazione di una normativa incompatibile con il diritto comunitario; può trattarsi di scorretto recepimento o, semplicemente, della mancata eliminazione di

¹¹³ Evidentemente, la mancata attuazione del diritto comunitario (originario e derivato) costituisce una forma di resistenza rispetto al processo di integrazione e di formazione di uno spazio giuridico europeo. A tal proposito, v. GAJA, HAY e ROTUNDA, *Instruments for legal integration in the European Community. A review*, cit..

¹¹⁴ Ricordiamo che in caso di mancato recepimento di direttiva comunitaria, la violazione grave e manifesta stabilita dalla Corte di giustizia si considera *in re ipsa*.

¹¹⁵ E' il caso cui si riferiscono la sentenza Francovich e la sentenza Faccini Dori.

norme incompatibili con norme di diritto comunitario successivamente approvate¹¹⁶. Questo quadro è ulteriormente complicato se si considera che la violazione del diritto può essere imputata a diversi soggetti. Quest'ultima questione è collegata al sistema delle fonti di ogni ordinamento, per cui possiamo trovarci di fronte ad azioni od omissioni del Parlamento o del Governo, in quanto titolari, rispettivamente, del potere legislativo e regolamentare. A questo si aggiunga ancora che, se si considera la distribuzione territoriale del potere politico, la violazione può essere imputata non solo al legislatore statale, ma anche alle altre assemblee legislative territoriali dotate di competenze, esclusive o concorrenti¹¹⁷. Questa questione verrà trattata in dettaglio nel capitolo dedicato all'esperienza spagnola, e ai rapporti reciproci fra legislatore nazionale e assemblee legislative delle Comunità Autonome¹¹⁸.

La responsabilità dello Stato amministratore.

Le autorità amministrative nazionali occupano un ruolo importante in rapporto all'attuazione del diritto comunitario, poiché corrisponde loro l'applicazione ordinaria dello stesso nel territorio degli Stati membri. Pertanto, l'illecito comunitario si applicherà anche allo Stato-amministratore nella misura in cui lo Stato, considerato nelle sue funzioni esecutive, può cagionare ai cittadini dei danni come conseguenza di condotta contraria al diritto comunitario. Il ventaglio di possibili violazioni del diritto comunitario imputabili alla pubblica amministrazione è ampio e variegato; fra i casi ammissibili annoveriamo l'emanazione di atti amministrativi contrari al diritto comunitario, l'applicazione di atti comunitari illegittimi, l'omessa abrogazione di atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, la mancata esecuzione di decisioni

¹¹⁶ E' il caso della sentenza Wagner Miret.

¹¹⁷ Si pensi alle assemblee legislative delle *Comunidades Autónomas* o delle Regioni.

¹¹⁸ A tal proposito, un recente articolo molto esaustivo a riguardo è costituito da M. CIENFUEGOS MATEO, *Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho Comunitario: reflexiones a partir de la práctica reciente*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 5, 2007, (pp. 39 – 100).

delle istituzioni comunitarie, la mancata disapplicazione di normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario, e così via.

In relazione all'illecito comunitario riferibile allo Stato in qualità di amministratore, la pronuncia di riferimento è senza dubbio quella relativa al caso *Hedley Lomas*, in cui la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che, nel caso in cui l'amministrazione violi il diritto comunitario, può essere condannata al risarcimento nei confronti dei soggetti danneggiati¹¹⁹. Tale controversia verteva sulla violazione di un articolo del Trattato, ovvero di una norma di diritto originario, ma la dottrina dell'epoca desunse dalle espressioni generiche utilizzate nella motivazione "che l'obbligazione risarcitoria a carico dell'amministrazione consegue dalla violazione da parte sua di un vincolo derivante anche dal diritto comunitario derivato"¹²⁰.

L'illecito comunitario riferito alle pubbliche amministrazioni è molto rilevante dal punto di vista quantitativo, ma sicuramente più facilmente risolvibile dal punto del regime applicabile e dei meccanismi istituzionali coinvolti. Per queste ragioni, la dottrina ha dedicato all'illecito comunitario per fatto dello Stato – amministrazione uno spazio decisamente inferiore rispetto alla stessa figura riferita agli altri poteri dello Stato. Questo caso non pone insormontabili problemi teorici, perché trova, a livello degli ordinamenti nazionali, un'ampia tradizione giuridica della responsabilità civile delle amministrazioni. A tal proposito, i profili maggiormente problematici riguardano, piuttosto, l'intreccio fra dettato comunitario e regimi nazionali di responsabilità dei pubblici poteri¹²¹; aspetto, questo, di

¹¹⁹ A tal proposito, la dottrina segnala che tale affermazione appare conseguenza del principio secondo cui il diritto comunitario vincola immediatamente il comportamento dell'amministrazione. A tal proposito, v. Sent. CGCE, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SPA c. Comune di Milano ed impresa Ing. Lodigiani SPA*. Causa C-103/88. Racc. 01839.

¹²⁰ Cit. da A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, 1, 1999, (pp. 111 - 142), pag. 138. L'autore, che propone un'analisi dettagliata di tale questione, prosegue affermando che questa soluzione è quantomeno presupposta dalla giurisprudenza "che sostiene la diretta applicabilità del diritto interno non solo dei regolamenti comunitari, ma anche delle direttive: almeno di quelle sufficientemente dettagliate, e indipendentemente dalla loro ricezione, infedele o addirittura mancata, da parte del legislatore nazionale; e almeno per quel che riguarda la loro efficacia c.d. verticale".

¹²¹ In questo caso la questione di fondo consiste "nello stabilire come operino i criteri costitutivi dell'illecito (civile) dello Stato per violazione del diritto comunitario, modellati dal giudice comunitario in vista della (giusta) tutela del danneggiato nel loro "innesto" nel giudizio di responsabilità amministrativa che non è volto a stabilire se e quanto la

grande interesse per il comparatista, attento ai fenomeni di circolazione dei modelli a livello sia istituzionale sia di influenze culturali¹²².

Sotto un altro profilo, il regime di illecito comunitario per fatto dell'amministrazione è particolarmente rilevante perché a livello interno il regime di responsabilità amministrativa è stato applicato per analogia all'illecito del legislatore, per cui nei prossimi capitoli le considerazioni relative alla responsabilità amministrativa serviranno anche per fornire, dei paradigmi nazionali considerati, una sorta di quadro d'insieme. Per l'analisi in concreto di questi fenomeni rinviando ai prossimi capitoli.

Pubblica Amministrazione debba rispondere matrimonialmente del danno ingiusto derivante dalla lesione di una norma comunitaria volta alla protezione dei singoli, ma se e quanta parte di detto danno debba essere sopportata in proprio dal singolo funzionario o amministratore anziché restare a carico dello Stato (Corte Costituzionale, sent. n°371 del 20 novembre 1998)". Cit. da C. PINOTTI, *Violazioni del diritto comunitario e responsabilità amministrativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, parte IV, 3, 2004, (pp. 390 - 419), pag. 408.

¹²² A tal proposito, v. il primo capitolo, in particolare nella sezione dedicata alla *cross-fertilisation*.

La responsabilità dello Stato giudice.

Abbiamo già ampiamente accennato che i giudici nazionali svolgono un ruolo fondamentale per quanto riguarda la tutela dei diritti affermati a livello comunitario, anche perché sono chiamati a giudicare i casi in cui i soggetti danneggiati reclamano allo Stato il risarcimento del danno. La nostra attenzione si concentra sul comportamento delle corti nazionali non solo per questa ragione, ma anche perché alla stessa funzione giurisdizionale può essere imputabile una violazione del diritto comunitario da cui derivino conseguenze in termini patrimoniali. Pertanto, così come affermato dall'Avvocato Generale Léger nelle conclusioni alla controversia Köbler, la posizione del giudice «è tanto più «strategica» in quanto ad esso spetta valutare l'articolazione del suo diritto nazionale con il diritto comunitario e di trarne le conseguenze che s'impongono. Pertanto, non è più necessariamente, come poteva dire in altri tempi Montesquieu, «la bocca della legge». Al contrario, esso è tenuto a volgere uno sguardo critico sul suo diritto nazionale al fine di assicurarsi, prima di applicarlo, della sua conformità al diritto comunitario. Se ritiene che il suo diritto nazionale non possa ricevere un'interpretazione conforme, spetta ad esso disapplicarlo e persino applicare disposizioni di diritto comunitario in sostituzione del suo diritto nazionale mediante un gioco di sostituzione di norme, a meno che non ne derivi - anche in questo caso - un aggravamento della situazione giuridica dei singoli»¹²³.

Come sappiamo, la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza Francovich, ha sempre affermato che in caso di violazione del diritto comunitario il cittadino danneggiato ha diritto al risarcimento qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione. Nel corso degli anni '90, come noto, si è sviluppato un filone giurisprudenziale che ha applicato la figura dell'illecito comunitario alle violazioni riferibili allo Stato nelle sue funzioni esecutive e legislative, mentre, per quanto riguarda l'estensione al potere giudiziario, non solo a livello comunitario, ma anche a livello statale, sia le

¹²³ Conclusioni dell'avvocato generale Léger, 8 aprile 2003, Gerhard Köbler contro Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239, par. 59.

istituzioni, sia la dottrina, si sono pronunciate in termini particolarmente prudenti, e solo negli ultimi anni si è assistito ad una timida apertura in tal senso. La ragione di questo atteggiamento è riconducibile al fatto che al riconoscimento dell'illecito comunitario per fatto del giudice osta un conflitto dogmatico di non facile soluzione: infatti, se sul piano del principio generale, tale figura di illecito comunitario appare senz'altro ammissibile, d'altra parte, alcuni caratteri della funzione giurisdizionale impediscono una sua applicazione *tout court*¹²⁴. Per queste ragioni, il riconoscimento di tale fattispecie è giunto con un certo ritardo rispetto alle altre e, d'altra parte, la storia della sua applicazione ha finora seguito una sua specifica direzione¹²⁵. A tal proposito, infatti, il giudice comunitario si è debitamente discostato dalla giurisprudenza che ben conosciamo, di modo che la responsabilità del giudice ha assunto connotazioni proprie. Se vogliamo anticipare i risultati (ovviamente provvisori) di questo percorso, possiamo senza dubbio affermare che la Corte ha riconosciuto l'applicazione dell'illecito comunitario per fatto del giudice solo in casi eccezionali; pertanto, ad oggi, non pare azzardato sostenere che ai giudici sia accordato un margine di azione decisamente più generoso rispetto alle altre funzioni dello Stato¹²⁶.

¹²⁴ Per una rassegna delle posizioni dell'Avvocato Generale Léger e delle parti a proposito della responsabilità dello Stato – giudice, v. C. PINOTTI, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1-2, 2003, (pp. 437 – 466).

¹²⁵ La prima Sent. CGCE che ha espressamente incluso i giudici nazionali fra gli organi suscettibili di generare responsabilità, come noto, è la sentenza Köbler, risalente al 2003. Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239.

¹²⁶ A tal proposito Guido Alpa ha sottolineato che “la Corte tempera però il principio introducendo alcune cautele, che possono considerarsi altrettanti limiti alla responsabilità. Occorre infatti accertare di essere in presenza di “un caso eccezionale” in cui il giudice deve aver violato il diritto vigente “in maniera manifesta”; nonché valutare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata; il carattere intenzionale della violazione; la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto; l'eventuale posizione già adottata da una istituzione comunitaria; la mancata osservanza da parte dell'organo giurisdizionale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 3 comma del Trattato CE”. Cit. da ALPA, *La responsabilità dello Stato per “atti giudiziari”. A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria cit.*, pag. 2. A pagina 4 dello stesso articolo, Guido Alpa, a proposito del carattere manifesto della violazione, afferma: “Sulla manifesta violazione occorre però spendere qualche parola, che richiama l'organo al quale si imputa la violazione. Qui non si tratta del legislatore (quante volte il legislatore ha male applicato una direttiva!) né del Governo o della Pubblica Amministrazione (quante volte i governi sono stati tratti a giudizio per violazione di diritto comunitario! E proprio un caso di erronea interpretazione e applicazione del diritto comunitario ha aperto la strada

La Corte di giustizia, nell'intervenire in tale campo, fu chiamata a rispondere ad alcune fondamentali questioni di ordine costituzionale; ci riferiamo ai problemi attinenti all'indipendenza del giudice, all'intangibilità della cosa giudicata, e, sotto un altro profilo, ai rilievi di criticità collegati alle ampie divergenze dei diversi regimi nazionali di responsabilità civile dei giudici.

Qualsiasi disciplina relativa alla responsabilità patrimoniale del giudice deve necessariamente prevedere delle misure che tutelino l'indipendenza del potere giudicante¹²⁷. Il rispetto di tale principio, come noto, impone che l'ordinamento preveda meccanismi volti a garantire che il giudice possa svolgere le sue funzioni al riparo da pressioni esterne. Infatti, un regime di responsabilità civile derivante da errori giudiziali, non accompagnato dalle adeguate garanzie, potrebbe mettere a rischio l'imparzialità del giudice, perché un tribunale sotto pressione (economica, politica o giuridica), perdendo il carattere dell'indipendenza, non sarebbe, ovviamente, in grado di garantire una tutela effettiva. Tra l'altro, l'applicazione dell'illecito

a questa figura di illecito: il caso Francovich costituisce la pietra miliare al riguardo). Qui si tratta del giudice che "interpreta" e "applica". Ora, solo in caso di sentenze abnormi si può pensare che l'interpretazione e l'applicazione di una corte suprema siano errate, anche perché alla corte suprema spetta, normalmente, il potere di nomofilachia, cioè il compito di indicare la corretta interpretazione della legge". Questa disparità è collegata alle diversità intercorrenti fra la funzione giudiziaria e le funzioni legislativa e amministrativa. A tal proposito, Cinthia Pinotti ha sottolineato che "mentre allo Stato legislatore viene assegnato un obbligo di risultato da garantire attraverso le scelte politiche di propria competenza, al giudice nazionale viene assegnato il ruolo di verifica della correttezza delle scelte normative nazionali operate dal legislatore (disapplicazione) ma al tempo stesso di individuazione/creazione della norma (corretta) attraverso l'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale a quello comunitario. Operazione complessa dal momento che il giudice si trova al centro di un ordine giuridico sui generis nel quale operano vari ordinamenti giuridici su base non gerarchica ma interattiva e cooperativa". Cit. da C. PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, Parte IV, 2006, (pp. 395 – 425), pag. 414. Come vedremo a breve, la Corte, pur richiamando la giurisprudenza Francovich, si è allontanata da tale filone, perché il tema della responsabilità del giudice pone questioni concettuali e istituzionali di non facile soluzione, e perché, da questo punto di vista, i regimi nazionali appaiono particolarmente difformi. Quindi, la Corte ha riferito l'applicazione dell'illecito comunitario solo a violazioni da parte del giudice di particolare gravità. La Corte di giustizia, tenendo in conto le specificità della funzione giurisdizionale, e delle esigenze di certezza del diritto, ha affermato, a proposito della decisione di una giurisdizione nazionale di ultima istanza che "La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente" (Köbler, par. 53).

¹²⁷ A tale questione è dedicato particolare spazio in G. ANAGNOSTARAS, *The principle of state liability for judicial breaches: The Impact of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281 – 305), pp. 287 - 289.

comunitario alle pronunce dei giudici di ultima istanza (le cui decisioni non sono impugnabili), implicherebbe una sorta di intromissione, nella condizione di "controllore esterno", dell'organo giudiziario chiamato a giudicare della responsabilità del giudice¹²⁸.

La Corte di giustizia, consapevole della necessità di temperare il rispetto del principio dell'indipendenza del giudice con la tutela dei diritti dei singoli nei confronti dello Stato nel suo insieme (comprendente, dunque, anche la funzione giurisdizionale), ha sottolineato che la responsabilità dello Stato membro legato all'attività giudiziaria non consiste in una responsabilità personale dei giudici, ma in una misura che coinvolge lo Stato, a prescindere dall'esercizio successivo dei meccanismi disciplinari corrispondenti¹²⁹. Il soggetto dell'imputazione è lo Stato, e sarà quest'ultimo a risarcire il cittadino danneggiato. A questo si aggiunga che il giudice comunitario, preoccupato per un'eccessiva compressione delle prerogative generalmente riconosciute al potere giudicante, ha previsto, in materia di illecito comunitario riferibile al comportamento del giudice, "limiti così connotati che sembrano delineare un *illecito tipico* nell'ambito dell'area generale della responsabilità dello Stato"¹³⁰.

A proposito dell'intangibilità del giudicato, le obiezioni si fondano sull'esigenza di assicurare il principio della certezza del diritto. Infatti, la forza della cosa giudicata delle sentenze, come manifestazione della stabilità nelle relazioni giuridiche, può essere messa a rischio nell'ipotesi in cui, sulla base del contenuto di una sentenza passata in giudicato sia possibile fondare una successiva condanna al risarcimento nei confronti del soggetto danneggiato da tale pronuncia. Infatti, ciò equivale a permettere che un altro tribunale possa pronunciarsi nuovamente nel merito di una causa già decisa, rivedere il giudicato e, se del caso, optare

¹²⁸ Tale elemento è approfondito in D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pag. 271.

¹²⁹ Cfr. Köbler, par. 42: "Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado".

¹³⁰ Cit. da ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria cit.*, pag. 3.

per una sostanziale correzione della decisione passata in giudicato¹³¹. A tal proposito, secondo l'affermazione della Corte di giustizia, "occorre considerare tuttavia che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che hanno dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno"¹³². A tal proposito, la dottrina ha sottolineato come, a seconda della natura del giudizio, la diversità dell'oggetto e delle parti non sia costante¹³³. In effetti, molte questioni rimangono aperte, e sicuramente l'illecito comunitario per fatto del giudice evolverà mano a mano che si presentino nuove controversie di fronte alla Corte di giustizia. Nel caso Köbler il problema non si è posto, poiché fra procedimento relativo alla responsabilità dello Stato–giudice e controversia già giudicata non vi era coincidenza né di

¹³¹ A tal proposito, v. ANAGNOSTARAS, *The principle of state liability for judicial breaches: The Impact of European Community Law cit.*

¹³² Cfr. Köbler par. 39.

¹³³ Facciamo notare che in un giudizio di natura risarcitoria, quale quello promosso da Köbler, il precedente giudicato nazionale è un elemento costitutivo dell'illecito e, quindi, è compatibile con la regola del primato del diritto comunitario. Nei giudizi restitutori, invece il giudizio è incompatibile con il principio della supremazia del diritto comunitario. Si pensi, ad esempio, alla sentenza Lucchini, relativa ad una controversia con oggetto aiuti di Stato incompatibili con le regole del mercato comune. Senza addentrarci nell'analisi di tale sentenza, sottolineiamo che in questo caso le due cause presentavano non solo gli stessi soggetti (Lucchini s.p.a. e Stato italiano), ma anche la stessa *causa petendi* (la legittimità o no dell'atto comunitario) e lo stesso *petitum* (l'erogazione o no dell'aiuto di Stato). A tal proposito, v. P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 5, 2007, (pp. 1591 - 1603); D. SIMON, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 10, 2007, (pp. 12 – 14). Sul tema si ritornerà nelle conclusioni.

oggetto né di parti; “anzi, l’esistenza del giudicato nazionale inficiato da manifesta violazione del diritto europeo, non solo non è posta in discussione, ma costituisce il presupposto logico e giuridico del fatto illecito e, quindi, della prospettata responsabilità dello Stato, nonché della sua eventuale condanna al risarcimento dei danni. In sostanza, la regola del giudicato (che è un fondamentale principio anche nel diritto comunitario), nella specie, *non conflige* con la regola della superiorità del diritto comunitario europeo”¹³⁴.

Infine, circa l’obiezione, proposta da alcuni Stati, secondo cui molti ordinamenti interni non prevedono l’esistenza di un ordine giurisdizionale competente per dichiarare la responsabilità del giudice, il giudice comunitario ha affermato che gli Stati sono tenuti a disciplinare i rimedi adeguati per permettere l’effettività del principio comunitario, il quale, in particolare, non può essere compromesso dall’inesistenza di un foro statale competente¹³⁵.

Nel prossimo capitolo analizzeremo il portato dell’affermazione della Corte secondo cui, fino a quando non sia approvata una normativa comunitaria a tal proposito, trova applicazione il principio dell’autonomia processuale e istituzionale degli Stati membri. Ciò significa che l’applicazione di tale figura, e più in generale, l’effettività del principio della responsabilità dello Stato-giudice, in mancanza di una disciplina unitaria, dipende “dalla

¹³⁴ Cit. da N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, LVIII - Marzo, 3, 2008, (pp. 559 - 561), pag. 560.

¹³⁵ La Corte ha in questo caso seguito l’orientamento abituale a proposito dei doveri e obblighi di nuova creazione da parte del diritto comunitario che trovano impreparati gli ordinamenti nazionali. Sent. Köbler, paragrafi 45 e 46: “A tale riguardo occorre considerare che, dato che, per motivi collegati essenzialmente alla necessità di assicurare ai singoli la tutela dei diritti ad essi riconosciuti dalle norme comunitarie, il principio della responsabilità dello Stato che è inerente all’ordinamento giuridico comunitario dev’essere applicato nei confronti delle decisioni di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere questo principio mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato. L’attuazione del detto principio non può essere compromessa dall’assenza di un foro competente. Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, par. 5; 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, par. 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, par. 25, Francovich e a. cit., par. 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, par. 12)”. H. GAUDIN, *Chronique de jurisprudence communautaire*, in *Revue de droit Publique et de la science politique en France et à l’étranger*, 5, 2004, (pp. 1395 - 1430).

capacità dei singoli ordinamenti di approntare strumenti sostanziali e procedurali tali da garantire l'effettività della tutela dei singoli da violazioni imputabili all'attività giudiziaria¹³⁶. Ovviamente, è piuttosto difficile che tale tutela sia effettiva fino a quando perdurerà il panorama, eterogeneo e diversificato, di discipline nazionali, così come si presenta attualmente; allo stato attuale, le disparità di trattamento fra i cittadini dei vari Stati membri appaiono inevitabili, quindi l'entrata in vigore di una disciplina unitaria appare quanto mai opportuna.

¹³⁶ Cit. da PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1) cit.*, pag. 416.

I presupposti della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La rassegna della giurisprudenza della Corte di giustizia ci ha permesso di constatare l'intensa opera volta all'enucleazione dei requisiti la cui sussistenza impone il diritto al risarcimento dei danni per illecito comunitario. Come sappiamo, tali requisiti orientano e limitano la discrezionalità dei giudici nazionali nell'applicazione della figura dell'illecito comunitario. Infatti, la Corte ha affermato che spetta ai giudici nazionali giudicare i casi di illecito comunitario, ma che, d'altro canto, il risarcimento dovrà necessariamente essere accordato nell'ipotesi in cui detti presupposti si verifichino. Come vedremo a breve, si tratta di condizioni di diritto sostanziale, che vincoleranno il giudice nazionale nella risoluzione delle singole controversie, in cui lo Stato sarà soggetto passivo dell'azione di responsabilità, e attore sarà il (presunto) danneggiato, che dovrà esercitare l'azione secondo il regime nazionale di responsabilità¹³⁷.

Prima di concentrarci sul contenuto giuridico di tali presupposti, intendiamo svolgere alcune riflessioni preliminari a proposito delle ragioni per cui la Corte ha deciso di disciplinare in tal modo la fattispecie. Si può senza dubbio affermare che il motivo per cui il giudice comunitario ha stabilito tali presupposti è fin dal principio apparso in tutta evidenza: infatti, delegare totalmente agli Stati l'applicazione del principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario avrebbe voluto dire, quasi sicuramente, renderlo lettera morta o, quanto meno, condannarlo ad

¹³⁷ Come vedremo nel prossimo capitolo, resta inteso che le condizioni fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, massima n° 4. Inoltre, ricordiamo che le tre condizioni stabilite dalla Corte costituiscono una sorta di "standard minimo" di presupposti, la cui sussistenza costituisce di per sé condizione sufficiente perché il soggetto danneggiato possa ottenere dallo Stato il risarcimento dei danni. Ciò non toglie, ovviamente, che i giudici nazionali possano condannare lo Stato al risarcimento anche senza che tali condizioni si verifichino, ma nel corso della trattazione vedremo che i giudici nazionali finora hanno accordato il risarcimento solo in presenza dei tre requisiti

un'applicazione sporadica e diseguale. Se si considerano le attitudini "difensive" della gran parte dei giudici nazionali, generalmente restii ad applicare principi che, come questo, tendono a comprimere la sfera dei diritti nazionali ed a sanzionare le violazioni del diritto comunitario imputabili agli Stati membri, è facile concordare sul fatto che il tentativo di arginare la sfera decisionale delle Corti statali appare quanto mai opportuno. A questo si aggiungano altre considerazioni relative ad elementi strutturali, quali le differenze fra i vari regimi nazionali di responsabilità dello Stato, o, ancora, alla mancanza, nella maggior parte degli Stati membri, di una disciplina relativa alla responsabilità del legislatore¹³⁸. In definitiva, in questo modo si è tentato di superare le resistenze, volontarie od oggettive, dei regimi nazionali, stabilendo i casi in cui il diritto al risarcimento non può essere negato¹³⁹. Prima di dedicarci alle applicazioni nazionali del principio, torneremo sul rapporto fra paradigma comunitario e modelli nazionali, o, meglio, sui reciproci limiti ed intrecci.

A proposito delle tre condizioni, che saranno analizzate nelle prossime pagine, riportiamo preliminarmente alcuni passaggi particolarmente significativi della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, in cui la Corte di giustizia ha in primo luogo affermato che "per determinare le condizioni alle quali la violazione del diritto comunitario ad opera di uno Stato membro fa sorgere in capo ai singoli lesi un diritto al risarcimento, occorre tener conto anzitutto dei principi propri dell'ordinamento giuridico comunitario che costituiscono il fondamento per la responsabilità dello Stato, vale a dire la piena efficacia delle norme comunitarie e l'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti, da un lato, e l'obbligo di cooperazione

¹³⁸ Lo stesso si può dire circa la responsabilità del giudice. Si pensi alla disciplina italiana, che prevede presupposti talmente rigorosi da negare, nei fatti, qualunque forma di tutela ai soggetti ingiustamente danneggiati da sentenza passata in giudicato.

¹³⁹ A tal proposito Sacha Prechal ha affermato: "*The necessity to lay down Community law conditions which are as such sufficient to give rise to State liability is fully understandable if one takes into consideration the differences in State liability regimes as they exist in the Member States. In particular, the non-existence of public liability for legislative action and inaction in the majority of the Member States would make illusory any right to reparation if the conditions were left to the national legal systems. Although some other conditions are still left to the Member States, once the Community law conditions have been satisfied, the right to reparation can apparently not be denied*". Cit. da PRECHAL, *Directives in EC law. Second, completely revisited edition* cit., pag. 280.

incombente agli Stati membri in forza dell'art. 5 del Trattato, dall'altro. Occorre inoltre far riferimento al regime stabilito per la responsabilità extracontrattuale della Comunità, in quanto, da un lato, tale regime si basa, ai sensi dell'art. 215, secondo comma, del Trattato, sui principi generali comuni ai diritti degli Stati membri e, dall'altro, i presupposti del sorgere della responsabilità della Comunità e di quella degli Stati membri in circostanze analoghe non debbono differire, in mancanza di specifica giustificazione, non potendo la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno". In tale sentenza, la Corte ha anche imposto i requisiti secondo la formula tutt'ora utilizzata: "qualora una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro sia imputabile al legislatore nazionale che operi in un settore nel quale dispone di un ampio potere discrezionale per operare scelte normative, un diritto al risarcimento è riconosciuto ai singoli lesi sempre che la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli"¹⁴⁰. Non resta che esaminare, una per volta, tali condizioni.

¹⁴⁰ A proposito del fatto che nella sentenza Francovich non si faccia menzione ai presupposti necessari perché il soggetto danneggiato possa rivalersi nei confronti dello Stato violatore, l'Avvocato Generale Tesaurò, nel par. 59 delle conclusioni afferma: "Insomma, è innegabile che il caso Francovich si presentasse, sotto il profilo della responsabilità dello Stato e dell'obbligo risarcitorio, quasi come un'ipotesi di scuola. La circostanza che la Corte non abbia nella specie avvertito l'esigenza di precisare i confini della responsabilità dello Stato, in particolare omettendo di indicare espressamente i criteri comunitari relativi all'illegittimità del comportamento dello Stato, va pertanto letta unicamente in funzione delle peculiarità del caso ad essa sottoposto. Ed è significativo, al riguardo, che in dottrina vi siano state reazioni diverse e persino opposte: secondo alcuni la Corte avrebbe in tal modo inteso censurare solo le violazioni gravi o colpevoli (62); secondo altri, invece, risulterebbe dalla sentenza in questione che ogni violazione del diritto comunitario genera responsabilità e obbligo risarcitorio (63). In definitiva, la circostanza che nella sentenza Francovich non risultino chiaramente definiti i criteri voluti dal diritto comunitario per ritenere impegnata la responsabilità dello Stato è strettamente connessa alla particolare semplicità del caso di specie. La stessa affermazione della Corte secondo cui le condizioni del diritto al risarcimento dipendono dalla «natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato» va pertanto intesa non solo nel senso che le condizioni generali della responsabilità variano a seconda del tipo di violazione, ma anche nel senso che le caratteristiche proprie di un determinato tipo di violazione, quale la mancata trasposizione di una direttiva nel termine prescritto, possono essere tali da non richiedere un'analisi approfondita riguardo alla sussistenza di una o più delle condizioni in questione".

L'esistenza di una norma comunitaria che conferisce diritti ai cittadini.

In primo luogo, il risultato imposto dalla normativa comunitaria deve avere per oggetto l'attribuzione di diritti in favore dei cittadini. Tale requisito presenta alcuni aspetti particolarmente critici, che sono stati al centro di un acceso dibattito dottrinale, relativo, in particolare, al rapporto fra conferimento di diritti e principio di efficacia diretta. La Corte di giustizia ha stabilito che il risarcimento verrà senz'altro accordato solo quando ci sia un collegamento fra la violazione del diritto comunitario e il pregiudizio sofferto¹⁴¹. Il problema, però, consiste nell'individuare, nella pratica, i casi in cui la norma giuridica ha ad oggetto l'attribuzione dei diritti. In un primo tempo, la dottrina, seguendo un risalente orientamento della Corte di giustizia, ha identificato questo primo requisito con il principio di efficacia diretta (espresso, come noto, nella sentenza *Costa c. E.N.E.L.*), con la conseguenza di confondere il rispetto di tale principio con l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di proteggere i diritti riconosciuti in ambito comunitario¹⁴².

Negli ultimi anni, la dottrina ha definitivamente cambiato avviso, ed è ormai concorde nel ritenere che i due principi non coincidano¹⁴³; pertanto,

¹⁴¹ Da non confondersi con il nesso di causalità. A questo proposito sono illuminanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro relative al caso *Brasserie du Pêcheur*, secondo cui: "Tralasciando per il momento il nesso di causalità, presupposto canonico della responsabilità aquiliana, rilevo anzitutto che la prima condizione, secondo cui il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti in favore dei singoli, riguarda l'identificazione della situazione giuridica soggettiva la cui lesione può dar luogo a risarcimento".

¹⁴² A tal proposito è emblematica l'affermazione della Corte nella sentenza *Van Gend en Loos*, secondo cui "secondo lo spirito e la struttura del Trattato, l'articolo 12 ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare". Sentenza *Van Gend & Loos*, Massima n°5.

¹⁴³ Infatti, anche se non c'è dubbio sul fatto che una direttiva con efficacia diretta conferisce necessariamente diritti azionabili davanti alle corti nazionali, ciò non significa che solo le disposizioni che godono di efficacia diretta possano creare diritti in favore dei cittadini; anzi, quest'ultima affermazione è sicuramente falsa. A tal proposito, Jean-Victor Louis e Thierry Ronse affermano: "*La question principale qui se pose au sujet de cette première condition est la suivante: quand un droit est-il conféré par le droit communautaire et dans quelle mesure ce concept se distingue-t-il de celui de l'effet direct? L'analyse du contexte des affaires Francovich et Brasserie du Pêcheur/Factortame III a permis de constater que ces deux concepts ne coïncident pas: il importe peu que la règle de droit communautaire violée bénéficie de l'effet direct ou non pour intenten une action en responsabilité, du moment que la règle communautaire violée*".

i diritti cui si riferisce il primo presupposto stabilito dalla Corte di giustizia possono essere riconosciuti sia da disposizioni comunitarie provviste di effetti diretti, sia da norme non direttamente applicabili, perché non sufficientemente precise e, quindi, bisognose di interventi complementari di attuazione da parte delle autorità nazionali¹⁴⁴.

Secondo l'opinione ormai del tutto maggioritaria, qualsiasi norma che goda di effetto diretto avrà ad oggetto il conferimento di diritti ai cittadini, ma non tutte le norme comunitarie che abbiano tale oggetto godono di effetto diretto¹⁴⁵. Tali conclusioni, che furono formulate da parte della dottrina in sede di commento alla sentenza Francovich, trovarono una prima conferma nelle affermazioni della Corte nella sentenza Factortame III. Infatti, ai governi che avevano presentato osservazioni durante il procedimento sostenendo che l'obbligo degli Stati membri di risarcire i danni arrecati ai cittadini era imposto solo nei casi di violazione di disposizioni non direttamente applicabili, il giudice comunitario rispose che "secondo la giurisprudenza costante, la facoltà degli amministratori di far

confère des droits". Cit. da J.V. LOUIS, T. RONSE, C. KADDOUS, *L'ordre juridique de l'Union Européenne*, Dossiers de droit européen, Helbing & Lichtenhahn, Parigi, 2005, pag. 319. Questa confusione fra la nozioni di effetto diretto e la creazione di diritti in favore dei cittadini ha indotto diversi autori ad affermare che se una direttiva attribuisce diritti ai cittadini, di per sé stessa gode di effetto diretto. A tal proposito, ripetiamo ancora una volta che, anche se la giurisprudenza comunitaria è costante nello stabilire che, per riconoscere effetto diretto ad una norma, questa deve conferire diritti ai cittadini, ciò non significa che i concetti si identifichino. Anche se tale tesi ha trovato un fondamento in diverse pronunce della Corte di giustizia, secondo l'opinione largamente maggioritaria, il fatto che la norma comunitaria abbia ad oggetto il conferimento di diritti ai cittadini altro non è che un presupposto dell'effetto diretto della stessa. Questa tesi la si può ritrovare nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro relative al caso Brasserie du Pêcheur: "Tenuto conto della giurisprudenza in materia, deve ritenersi che la Corte intenda in tal modo riferirsi genericamente a tutte le posizioni giuridiche individuali protette dal diritto comunitario; dunque - e per definizione - si tratta di una condizione che risulta sempre soddisfatta nell'ipotesi di norme provviste di effetto diretto". Il rapporto fra effetto diretto ed attribuzione di diritti è stato recentemente affrontato in J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*. Tome I, L.G.D.J., Clermont Ferrand, 2007, pp. 195 - 197

¹⁴⁴ A tal proposito, possiamo richiamare la ricostruzione elaborata dalla dottrina, che distingue fra "diritti perfetti" e "diritti imperfetti" a seconda che siano attribuiti, o meno, da disposizioni comunitarie con effetto diretto.

¹⁴⁵ Anche tale conclusione, tra l'altro, trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Francovich, in cui la Corte ha considerato che le disposizioni della direttiva 80/987 non godessero di effetto diretto, poiché, pur essendo "sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la determinazione dei beneficiari della garanzia e il contenuto della garanzia stessa, questi elementi non sono sufficienti perché i singoli possano far valere tali disposizioni dinanzi ai giudici nazionali. Infatti, da un lato, queste disposizioni non precisano l'identità di chi è tenuto alla garanzia e, dall'altro, lo Stato non può essere considerato debitore per il solo fatto di non aver adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione".

valere dinanzi ai giudici nazionali disposizioni del Trattato aventi effetto diretto costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del Trattato”¹⁴⁶.

Risulta evidente, d'altra parte, che ogniqualvolta la norma comunitaria goda di effetto diretto, si potrà considerare avverato il requisito dell'attribuzione di diritti in favore dei cittadini. In altri termini, sembra che ogni norma che gode di effetto diretto attribuisca, di fatto, in favore dei cittadini, diritti sufficientemente identificabili, in modo tale che si possa configurare la responsabilità patrimoniale dello Stato nei confronti dei cittadini danneggiati in conseguenza della violazione del diritto comunitario¹⁴⁷.

¹⁴⁶ I governi cui ci riferiamo (tedesco, irlandese e olandese), così come la Corte di giustizia, in questo caso considerano il concetto di applicabilità diretta come sinonimo di effetto diretto. Sulla differenza fra i due concetti, v. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., pp. 172 – 191. A tal proposito, la Corte richiamò le sentenze 15 ottobre 1986, causa 168/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2945, par. 11; 26 febbraio 1991, causa C-120/88, Commissione/Italia, Racc. pag. I-621, par. 10; e 26 febbraio 1991, causa C-119/89, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-641, par. 9. Concluse, quindi, affermando che “il diritto al risarcimento costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito”. Quindi, al momento di stabilire il rapporto fra effetto diretto delle norme comunitarie e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, la Corte non esclude la possibilità che ci possa essere responsabilità quando lo Stato abbia violato una norma comunitaria sprovvista di effetto diretto. Unicamente affermò, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni Stati membri, che sarebbe anche possibile dichiarare la responsabilità dello Stato in caso di violazione di una norma che goda di effetto diretto. Tale orientamento è stato confermato nella sentenza Norbrook (Sent. CGCE, 2 aprile 1998. Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food. Causa C-127/95. Racc. I-01531) in cui la Corte affermò che la direttiva 81/581, relativa all'approssimazione delle legislazioni degli Stati membri in relazione ai medicinali veterinari, nel disciplinare i casi in cui può essere rifiutata un'autorizzazione di commercializzazione, attribuisce un diritto ad ottenere un'autorizzazione se si riuniscono determinati requisiti, previsti in modo preciso ed esaustivo dalla disciplina comunitaria. Al paragrafo 108 la Corte affermò che “quest'ultima (la direttiva 81/581) conferisce ai singoli il diritto ad ottenere un'autorizzazione nel caso in cui talune condizioni siano soddisfatte. Queste ultime sono determinate, come constatato nella presente sentenza, in modo preciso ed esauriente nelle direttive 81/851 e 81/852. Il contenuto del diritto conferito al soggetto che richiede un'AIC può quindi essere sufficientemente identificato in base a tali direttive”.

¹⁴⁷ A tale conclusione si giunge considerando quanto affermato dal giudice comunitario nelle sentenze *Factortame III* e *Hedley Lomas*. La Corte di giustizia, chiamata ad esprimersi sulle violazioni, da parte della Repubblica Federale Tedesca e del Regno Unito, rispettivamente, dell'art. 30 (attuale 28) e dell'art. 52 (attuale 43) del Trattato (disposizioni con effetto diretto, secondo quanto affermato dalla Corte nella sentenza del 22 giugno 1974, caso 2/74, *Jean Reyners v. Belgian State*; e nella sentenza del 22 marzo 1977, caso 74/76, *Iannelli & Volpi SpA v. Ditta Paolo Meroni...*) affermò che gli articoli in questione conferiscono, per loro stessa natura, diritti ai cittadini che i giudici devono tutelare, e che, in questo caso, il conferimento di diritti appare in modo del tutto evidente.

In conclusione, appare evidente che l'identificazione delle due nozioni condurrebbe ad una restrizione sensibile (e non del tutto giustificata) dell'applicazione della figura dell'illecito comunitario. Infatti, imporre il risarcimento del danno solo in caso di violazione di una norma comunitaria dotata di effetto diretto, causerebbe una grossa limitazione alla tutela giudiziale effettiva dei diritti di derivazione comunitaria da parte dei giudici nazionali. Appare pertanto preferibile, oltre che giustificato, affermare che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario possa essere dichiarata anche nel caso in cui la norma comunitaria non goda di effetto diretto¹⁴⁸.

I dubbi a proposito di tale requisito non si esauriscono con le questioni che abbiamo appena affrontato. Altro elemento su cui la dottrina ha intensamente dibattuto si può sintetizzare con tale formula: la norma giuridica comunitaria non deve conferire diritti ai cittadini, ma avere ad oggetto il conferimento degli stessi. Secondo una prima interpretazione tale condizione deve essere intesa nel senso che l'obiettivo o proposito della direttiva deve essere la creazione di diritti in favore di soggetti privati¹⁴⁹. Tale interpretazione è stata considerata piuttosto restrittiva da un'altra parte della dottrina, che ha proposto una soluzione più favorevole agli interessi privati, affermando che tale requisito deve essere inteso nel senso che la direttiva, o almeno qualche disposizione di questa, deve avere l'obiettivo di riconoscere diritti che potrebbero essere azionabili di fronte ai giudici nazionali, se la direttiva fosse correttamente recepita¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Tale conclusione sembra peraltro confermata dalla giurisprudenza, in quanto la Corte di giustizia nel caso *Verband deutscher Daihatsu-Handler* ha precisato che l'assenza di effetto diretto di una norma non pregiudica di per sé l'accertamento della responsabilità dello Stato; per cui sembra corretto ritenere che la preordinazione della norma comunitaria ad attribuire diritti ai singoli sia nozione più ampia rispetto a quello di efficacia diretta. Sent. CGCE (Quinta Sezione), 4 dicembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler eV contro Daihatsu Deutschland GmbH*. Causa C-97/96. Racc. I-06843, n° 25.

¹⁴⁹ A. BARAV, *Omnipotent Courts*, in D. CURTIN e T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, Nijoff, 1994, pp. 289 – 290. Nel passo citato l'autrice svolge una riflessione più complessa. In riferimento al "considerando" n° 40 della sentenza *Francovich*, in cui si stabilisce che la prima condizione "è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli", l'autrice sostiene che tale espressione sembra introdurre una dicotomia fra le direttive il cui proposito consiste nell'attribuire diritti ai privati da quelle che non hanno questo oggetto. Aggiunge, inoltre, che il principio stabilito nella sentenza *Francovich* sembra essere applicabile solo alla prima categoria.

¹⁵⁰ A tal proposito Fernand Schockweiler conclude: "*Ainsi, la directive, même si elle ne doit pas créer directement des droits individuels au profit des particuliers qu'ils peuvent*

Ciò significa che gli Stati membri avranno il compito di dotare di sostanza, struttura e rimedi quei diritti che a livello comunitario sono stati enunciati. Questa conclusione, comunque, non risolve del tutto la questione, perché spesso è difficile determinare se la norma in questione sia diretta a tutelare i diritti dei cittadini, e, soprattutto, se l'obiettivo della norma si esaurisca con la protezione dei singoli¹⁵¹. Tra l'altro, molte norme tendono a proteggere diritti e interessi pubblici e privati e, pertanto, non è agevole delineare una volta per tutte l'ambito di applicazione di questo primo requisito. Diverse direttive regolano relazioni fra amministrazioni o proteggono interessi generali, implicando allo stesso tempo l'attribuzione di diritti tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche¹⁵².

Comunque, in linea di principio, il soggetto che chiede il risarcimento dovrebbe identificarsi chiaramente come il destinatario dei diritti soggettivi tutelati nella disposizione comunitaria violata; non è pertanto possibile allegare la lesione di diritti attribuiti genericamente ad una pluralità di soggetti. Pur lasciando aperta tale questione, si può, invece, affermare senza dubbio che per l'imposizione del risarcimento del danno non è necessario che ci sia un'attribuzione diretta di diritti soggettivi, perché questi possono derivare dall'imposizione di obblighi imposti a terzi soggetti. Quindi, una disposizione comunitaria può imporre obblighi a

faire valoir devant le juge national, leur confère du moins le droit de se prévaloir du fait qu'elle entendait leur voir conférer des droits par le biais de mesures nationales de transposition". Cit. da F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1, 1992, pag. 43.

¹⁵¹ V. R. CARANTA, *Government Liability after Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 52, 2, 1993, (pp. 272 - 297), pag. 284.

¹⁵² Esempio tipico è quello relativo alle direttive che tutelano l'ambiente; fra queste richiamiamo a titolo di esempio: la direttiva 80/68/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1979, concernente la protezione delle acque sotterranee dell'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose, che, secondo le parole della Corte di giustizia, è volta a garantire la tutela efficace delle acque sotterranee della Comunità obbligando gli Stati membri, mediante disposizioni precise e dettagliate, ad istituire un insieme di divieti, di regimi di autorizzazione e di procedure di controllo che impediscano o limitino gli scarichi di un certo numero di sostanze. Queste disposizioni della direttiva hanno dunque lo scopo di attribuire diritti ed imporre obblighi ai singoli. (Motivazione n° 7, Sent. CGCE, 28 febbraio 1991, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Federale di Germania. Causa C-131/88. Racc. I-00825); La Corte si esprime in modo analogo in relazione alla direttiva 80/779/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1980, relativa ai valori limite e ai valori guida di qualità dell'aria per l'anidride solforosa e le particelle in sospensione (poi modificata dalla direttiva 89/427/CEE del Consiglio del 21 giugno 1989), nella Sent. CGCE, 30 maggio 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania. Causa C-361/88. Racc. I-02567.

soggetti pubblici o privati cui corrispondano diritti a favore di altri soggetti. Questa tesi sviluppa ulteriormente l'ampiezza di tale requisito, nel senso che l'attribuzione di diritti ai privati non deve necessariamente essere oggetto della direttiva, ma basta che ne costituisca uno degli effetti¹⁵³.

Pertanto, perché si avveri la prima condizione stabilita dalla Corte di giustizia, non è necessario che la direttiva violata attribuisca esplicitamente diritti azionabili dai privati nei confronti dello Stato davanti ai giudici nazionali, ma è sufficiente che tale attribuzione sia conseguenza del risultato prescritto dalla direttiva. Per cui, sarà necessario valutare caso per caso se le misure che lo Stato è chiamato ad adottare, in vista del risultato prescritto dalla direttiva, comportino necessariamente l'attribuzione di diritti ai privati. Questa stessa conclusione vale per il resto delle norme comunitarie, che, in definitiva non devono necessariamente attribuire esplicitamente dei diritti; ripetiamo, dunque, che è sufficiente che l'attribuzione di diritti appaia come la conseguenza necessaria del perseguimento dell'obiettivo stabilito nella disposizione comunitaria¹⁵⁴. Infine, pare d'obbligo un chiarimento circa il concetto espresso, in questo caso, dal termine "diritto". Tale espressione deve essere intesa nel senso ampio di situazione giuridica soggettiva attiva; in altri termini, non bisogna interpretare tale concetto applicando la bipartizione, fondamentale nell'ordinamento italiano ma sconosciuta a non poche tradizioni giuridiche nazionali, che contrappone diritto soggettivi e interessi legittimi¹⁵⁵. In altri

¹⁵³ V. PRECHAL, *Directives in EC law. Second, completely revisited edition*, cit., pag. 327. A tal proposito, richiamiamo il noto caso Dillenkofer, in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a giudicare se l'art. 7 della direttiva 90/314/CEE attribuisse in favore dei cittadini diritti dal contenuto sufficientemente identificato. La Corte rispose affermativamente a tale quesito senza fare riferimento alla nozione di effetto diretto. L'art. 7 della direttiva stabilisce l'obbligo da parte dell'organizzatore del viaggio di prestare sufficienti ed adeguate garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il ritorno del consumatore al paese d'origine. Secondo la Corte, il fine di questa garanzia consiste nel "proteggere i consumatori contro i rischi economici derivanti dall'insolvenza o dal fallimento degli organizzatori di viaggi "tutto compreso"" (Par. 35). La Corte, a questo riguardo, affermò che "il risultato prescritto dall'art. 7 della direttiva comporta l'attribuzione, all'acquirente di viaggi "tutto compreso", di diritti che garantiscano il rimborso degli importi versati e il suo rimpatrio in caso di insolvenza o di fallimento dell'organizzatore" (Par. 42).

¹⁵⁴ In questo modo, trovano tutela non solo i "diritti perfetti" ma anche i "diritti imperfetti" cui abbiamo accennato all'inizio di questa sezione.

¹⁵⁵ Cfr. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati cit.*, pag. 260. Il tema sarà ripreso nel corso del prossimo capitolo.

termini, la Corte di giustizia ha voluto riferirsi genericamente a tutte le posizioni giuridiche individuali protette dal diritto comunitario¹⁵⁶.

La sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata.

Questo presupposto, che attiene alle caratteristiche dell'azione lesiva ed al suo grado di antigiuridicità, è stato oggetto di particolari rilievi critici da parte di diversi autori, perché esprime un contenuto alquanto ambiguo, e variabile a seconda dei fatti del caso e delle peculiarità giuridico-istituzionali dello Stato in cui il fatto viene giudicato. La Corte di giustizia ha tratto tale presupposto (espresso con la formula "violazione grave e manifesta") dal regime di responsabilità delle istituzioni comunitarie, dimostrando, in questo modo, l'intenzione di creare un regime parallelo fra le due figure di illecito¹⁵⁷; a tale riguardo la dottrina è unanime nel ritenere che si tratti di una scelta non particolarmente garantista nei confronti dei cittadini, tanto più se si considera che nell'ambito dell'illecito delle istituzioni comunitarie a tale condizione è sempre stata data un'interpretazione restrittiva, "nel timore che il potere normativo della Comunità rimanesse ostacolato dalla prospettiva di un'azione di danni

¹⁵⁶ A tal proposito, basta ricordare il caso Francovich, in cui la posizione giuridica dei ricorrenti non era certamente un diritto soggettivo in senso proprio, ma, piuttosto, un interesse all'adozione di disposizioni legislative nazionali di attuazione della direttiva.

¹⁵⁷ Quindi, i presupposti della responsabilità dello Stato sono stati mutuati dal regime relativo alla responsabilità delle istituzioni comunitarie, e la formula della "violazione sufficientemente caratterizzata" deriva da quella della "violazione manifesta e grave dei limiti posti al potere discrezionale di uno stato membro". Questo elemento appare decisivo, tanto che la dottrina si è soffermata lungamente sul rapporto fra responsabilità degli stati per violazione del diritto comunitario e responsabilità delle istituzioni comunitarie ex art. 288 TCE. A tal proposito vedi, fra gli altri, C. SMITS, *Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres*, in G. VANDERSANDEN, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, (pp. 419 - 442). Il parallelismo fra le applicazioni di questa condizione nei regimi di responsabilità per violazione del diritto comunitario della Comunità da un lato e degli Stati dall'altro, è stato oggetto di analisi da parte di Cees Van Dam in VAN DAM, *European Tort Law cit.*. A tal proposito v. anche E. DEARDS, *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, in *European Public Law*, 3, 1 - March, 1997, (pp. 117 - 143).

ogniquale volta i provvedimenti da adottare potessero apparire lesivi degli interessi dei singoli”¹⁵⁸. Questo principio, trasferito nell'ambito della responsabilità dello Stato, impone che “criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzato l'inadempimento del diritto comunitario è ... quello del carattere manifesto e grave della violazione, da parte di uno Stato membro, dei limiti posti al potere discrezionale di cui gode nell'adempimento degli obblighi comunitari”¹⁵⁹. Conclusione, questa, senza dubbio penalizzante per la posizione dei cittadini, che sono chiamati a provare un evento non dimostrabile.

Il compito di giudicare tali estremi spetta al giudice nazionale, orientato dalle indicazioni fornite dalla giudice comunitario, che svolge tale funzione orientativa attraverso l'elaborazione di criteri relativi alla natura della norma comunitaria violata, all'azione dello Stato ed al comportamento delle stesse istituzioni comunitarie. Pertanto, i giudici nazionali, pur orientati dalle sentenze della Corte di giustizia, svolgono un ruolo di primo piano nella valutazione, caso per caso, circa la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata¹⁶⁰. Secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, tale valutazione va omessa solo nel caso di mancato recepimento di una direttiva entro i termini stabiliti. Infatti, il fatto che uno Stato membro non adotti alcuna misura atta a raggiungere il risultato prescritto in una direttiva entro il termine previsto, costituisce senza dubbio una violazione grave e manifesta¹⁶¹; a tal proposito è condivisibile la posizione secondo cui questa conclusione della Corte appare del tutto giustificata, “*Puisque la date limite pour la transposition*

¹⁵⁸ Cit. da CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia cit.*, pag. 739. Ad esempio, è stato stabilito il principio secondo cui, per verificare l'esistenza di una responsabilità di un'istituzione comunitaria, occorre valutare il margine di discrezionalità dell'istituzione nell'esercizio del potere.

¹⁵⁹ Cit. da FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati cit.*, pag. 1202. L'autore si riferisce alla sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 54.

¹⁶⁰ Per quanto riguarda la responsabilità dello Stato, è la stessa Corte di giustizia che afferma che le prove che allo Stato sia ascrivibile una violazione sufficientemente caratterizzata, dipendono “*da ciascun tipo di situazione*”. Sent. Dillenkofer, par. 24. Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845

¹⁶¹ Cfr. Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845.

*des directives est impérative et ne comporte aucune marge d'appréciation de la part des autorités étatiques, le non respect de cette date constitue en lui-meme une violation suffisamment caractérisée*¹⁶². Nel caso in cui, al contrario, lo Stato disconosca, per mezzo di atto normativo positivo, i limiti imposti al suo potere, i giudici nazionali saranno chiamati ad applicare il cosiddetto “test” della violazione sufficientemente caratterizzata, e a giudicare, quindi, a seconda dei fatti del caso, se si possa configurare un illecito da cui discenda responsabilità nei confronti dei cittadini danneggiati¹⁶³.

Come noto, la sentenza *Brasserie du Pêcheur*, in cui la Corte ridisegnò i requisiti che stiamo trattando, traeva origine da una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro imputabile al legislatore nazionale operante in un settore nel quale disponeva di un ampio potere discrezionale¹⁶⁴. Questo ha indotto la dottrina a credere che in assenza del margine di apprezzamento, non risulterebbe applicabile il test della violazione sufficientemente caratterizzata. Tuttavia, nel caso *Lomas*, la Corte di giustizia, pur ammettendo che nel caso non esisteva margine di apprezzamento, applicò ugualmente il test. Pertanto, a partire dalla sentenza *Lomas*, la sussistenza o meno di un margine di apprezzamento, che nella sentenza *Brasserie* la Corte aveva considerato decisiva ai fini dell'applicazione, o meno, del test della violazione sufficientemente caratterizzata, si converte in elemento che, di per sé, condiziona il giudizio ma non l'applicabilità del test¹⁶⁵.

¹⁶² Cit. da BARAV, *El papel comunitario del juez nacional y el Estatuto del Justiciable comunitario cit.*, pag. 292.

¹⁶³ Questo cosiddetto “test” è un'immagine usata molto spesso dalla dottrina che si è occupata dell'argomento.

¹⁶⁴ Massima n° 4.

¹⁶⁵ La Corte, nella sentenza *Norbrook*, par. 109, ha ribadito gli orientamenti inaugurati nella giurisprudenza precedente affermando che ci si trova di fronte ad una violazione sufficientemente caratterizzata “quando uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere normativo, ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale (v. citate sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, par. 55, *British Telecommunications*, par. 42, e *Dillenkofer*, par. 25) e che, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di cui trattasi, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta (v. citate sentenze *Hedley Lomas*, par. 28, e *Dillenkofer*, par. 25)”.

La Corte di giustizia ha progressivamente dotato (attraverso le diverse pronunce) questo secondo presupposto di contenuto giuridico; a tale scopo ha enunciato alcuni elementi che le corti nazionali possono prendere in considerazione al momento di valutare l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata¹⁶⁶. A tal proposito, ricordiamo che il giudice comunitario svolge un ruolo di mero orientamento, ma che talvolta può sostituirsi ai giudici nazionali in relazione alla valutazione sulla sussistenza di tale presupposto¹⁶⁷. Le figure sintomatiche individuate dalla Corte di giustizia sono le seguenti: il grado di chiarezza e precisione della norma violata; l'ampiezza del potere discrezionale che la norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie; il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato; la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto; la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario¹⁶⁸. Di seguito ne analizzeremo il significato e la portata.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha fatto riferimento ai casi in cui lo Stato membro trasgredisce in forma manifesta e grave i limiti imposti alla sua facoltà di apprezzamento. Come appena accennato, tale requisito si applica solo quando gli Stati membri violano un obbligo comunitario per il

¹⁶⁶ A tal proposito, v. sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, par. 58: "la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi. Essa ritiene nondimeno utile richiamare alcune circostanze delle quali i giudici nazionali potrebbero tener conto".

¹⁶⁷ V., ad esempio, la sentenza *British Telecommunications*, par. 41: "Benché in linea di massima sia vero che spetta ai giudici nazionali accertare se le condizioni per l'insorgere della responsabilità in capo agli Stati per violazione del diritto comunitario siano soddisfatte o meno, nella presente fattispecie occorre rilevare che la Corte dispone di tutti gli elementi necessari per valutare se i fatti in oggetto debbano essere giudicati una violazione sufficientemente manifesta e grave del diritto comunitario". La Corte di giustizia nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* ha stabilito che "In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione". Nel paragrafo successivo, la Corte afferma: "Nella specie, la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi. Essa ritiene nondimeno utile richiamare alcune circostanze delle quali i giudici nazionali potrebbero tener conto". Parr. 57 e 58.

¹⁶⁸ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 56.

cui adempimento hanno goduto di un'ampia facoltà discrezionale. Quanto maggiore è il potere discrezionale, tanto minore sarà il rischio che lo Stato ecceda i limiti dello stesso; al contrario, quando il diritto comunitario impone agli Stati obblighi di risultato o obblighi di astensione si riduce di forma considerevole il margine di apprezzamento e quindi sarà più facilmente configurabile la responsabilità dello Stato¹⁶⁹.

¹⁶⁹ A tal proposito, la Corte di giustizia ha in generale seguito un orientamento, che è stato perfettamente sintetizzato dall'Avvocato Generale Tesauero, secondo il quale si può parlare di violazione manifesta e grave quando: *"a) non siano osservati obblighi dal contenuto chiaro e preciso in ogni loro elemento; b) la giurisprudenza della Corte abbia già chiarito sufficientemente, vuoi attraverso l'interpretazione in via pregiudiziale, vuoi mediante sentenza ex art. 169, situazioni giuridiche dubbie identiche o comunque analoghe a quella in ipotesi rilevante; c) l'interpretazione delle norme comunitarie di cui si tratta, quale operata dalle autorità nazionali nell'attività (o inattività) normativa, risulti manifestamente erranea"*. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauero, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93l. Racc. I-01029. Questo stesso criterio fu applicato nel caso *Hedley Lomas* (Sentenza 23 maggio 1996, paragrafo 26). A tal proposito, è interessante segnalare quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *British Telecommunication* a proposito dell'applicazione dell'articolo 8.1 della direttiva 90/531/CEE. In questo caso la Corte affermò: *"Occorre rilevare nella fattispecie che l'art. 8, n° 1, è impreciso e consentiva ragionevolmente, oltre l'interpretazione enunciata dalla Corte nella presente sentenza, l'interpretazione datane in buona fede dal Regno Unito sulla base di argomenti non del tutto privi di rilievo (v. i precedenti parr. 20-22). Siffatta interpretazione, condivisa anche da altri Stati membri, non era manifestamente contraria al testo della direttiva, né allo scopo da essa perseguito"*. Lo stesso criterio è applicato dalla Corte nella sentenza *Denkavit* per determinare l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario. In questo caso, il fatto che la violazione dipenda dal fatto che la direttiva era stata interpretata erroneamente (analogamente alla quasi totalità degli altri Stati membri), induce la Corte a considerare che la norma in questione non sia chiara né precisa, e, visto che erano ammesse diverse interpretazioni, la Corte non poteva ravvisare l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. Questo stesso criterio è stato applicato dalla Corte nella sentenza *Rechberger* per determinare il carattere sufficientemente caratterizzato della violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato Austriaco. Visto che nel caso di specie lo Stato membro non godeva di alcun margine di apprezzamento rispetto alla data di entrata in vigore delle garanzie previste nell'art. 7 della direttiva 90/314, la Corte in questo caso individuò una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario. In questo caso, l'art. 7 della direttiva è sufficientemente chiaro e preciso da far sì che non ci siano dubbi sul fatto che una norma di recepimento che limiti la protezione prevista in detto articolo ai viaggi il cui inizio fosse stato fissato a partire dal 1 maggio 1995, è chiaramente incompatibile con gli obblighi scaturenti dalla direttiva e costituisce pertanto una violazione grave e manifesta del diritto comunitario. E a tal proposito risulta irrilevante che lo Stato abbia recepito correttamente tutte le altre disposizioni contenute nella direttiva. Il grado di precisione e chiarezza della norma giuridica violata è il criterio utilizzato dalla Corte nel caso *Brinkmann*. Come noto, la Corte giudicò che non esiste una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario da parte delle autorità danesi, perché l'interpretazione data alle disposizioni della direttiva 79/32/CE, *"non era manifestamente incompatibile col testo della seconda direttiva ed in particolare con l'obiettivo da essa perseguito, tanto più che il governo finlandese e la Commissione hanno sostenuto una simile interpretazione"* (Sentenza *Brinkmann*, par. 21). La Corte sottolineò nuovamente che il fatto che una norma comunitaria possa essere interpretata in più modi conformi al diritto comunitario contraddice l'esistenza di una violazione sufficientemente

Altra questione compresa nell'ampia formula della violazione sufficientemente caratterizzata concerne l'elemento soggettivo dell'illecito, la cui analisi contribuisce a chiarire se la violazione del diritto comunitario debba essere intenzionale o colposa ai fini della sua possibile qualificazione in termini di illecito risarcibile. Nel caso *Factortame III* il la Corte di giustizia si pronunciò per la prima volta circa la necessità, o meno, della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa¹⁷⁰. A tal proposito, ricordiamo che, se da un lato la Corte non considera la colpa come un requisito autonomo, né come un requisito soggettivo indipendente, ma, al contrario, lo vincola all'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario, dall'altro, visto che la colpa è un requisito richiesto da diversi ordinamenti nazionali perché si possa avere responsabilità dei pubblici poteri, è d'obbligo interrogarsi sulla possibilità di condizionare il diritto al risarcimento all'esistenza della colpa da parte dell'organo nazionale autore della violazione¹⁷¹. L'Avvocato generale ha messo in luce le difficoltà che questa questione presenta nella pratica. Infatti, è difficile concepire la condotta dei pubblici poteri secondo i criteri civilistici della colpa e, in particolare, non è facile individuare il comportamento colposo nell'azione del legislatore. Inoltre, lo stesso Avvocato Generale sottolinea come, seppur nella maggior parte degli ordinamenti nazionali la responsabilità si fondi sulla colpa, d'altra parte, si è progressivamente prodotta un'oggettivizzazione della stessa, attraverso

caratterizzata, e, quindi, il conseguente obbligo da parte dello Stato membro di indennizzare i risarcire arrecati a seguito dell'applicazione della norma.

¹⁷⁰ Nella sentenza *Francovich*, la Corte non subordinò l'applicazione del principio di responsabilità dello Stato all'esistenza della colpa da parte dello Stato trasgressore. A tal proposito, ricordiamo, però, che la sentenza *Francovich* scaturiva da un caso di mancato recepimento di una direttiva comunitaria, ovvero di un inadempimento che strutturalmente prescindeva dall'elemento soggettivo della colpa. A tal proposito, rimandiamo a quanto affermato in precedenza in relazione al fatto che i cosiddetti principi vengono enunciati necessariamente all'interno di una sentenza la cui principale funzione è risolvere un caso concreto, e non emanare norme valide in assoluto.

¹⁷¹ Così come sottolinea parte della dottrina, appare privo di senso parlare in termini astratti di colpa, perché dietro tale espressione si celano contenuti spesso diversi a seconda degli ordinamenti nazionali considerati. A tal proposito cfr. AA.VV., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer - Wien - New York, Springer-Verlag/Wien, 2005; VAN DAM, *European Tort Law* cit.. Più in generale, a proposito del multilinguismo nel contesto giuridico europeo, v. B. POZZO (ed.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008; B. PASA, P. ROSSI e M. WEITENBERG (ed.), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.

la determinazione di criteri oggettivi¹⁷². Di conseguenza, secondo l'opinione dell'Avvocato Generale, la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario deve essere configurata come responsabilità oggettiva senza colpa¹⁷³. La Corte, dal canto suo, sembra non escludere la necessità che il giudice accerti la sussistenza della colpa; piuttosto, si limita ad affermare che il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario¹⁷⁴. Il fatto che la colpa non costituisca un requisito distinto rispetto a quelli elencati nella sentenza, non significa che la colpa non possa essere presa in considerazione in modo indiretto; infatti, al momento di esaminare la sussistenza del requisito della violazione sufficientemente caratterizzata, si devono prendere in considerazione, fra gli altri, alcuni elementi di carattere soggettivo, che possono essere vincolati alla nozione di colpa¹⁷⁵. La colpa non è pertanto un requisito autonomo, ma potrà essere tenuto in conto solo nella misura in cui sia necessaria per qualificare una violazione come sufficientemente caratterizzata¹⁷⁶.

¹⁷² Nel par. 87 l'Avvocato Generale ha affermato: "La ricerca della colpa, in altre parole, si è spostata da quella dell'uomo a quella dell'«organizzazione», con la conseguenza che anche quando non viene fatta coincidere con l'illegittimità dell'atto *tout court*, viene comunque ad essere collegata al contenuto della norma violata, nel senso che si attribuisce rilevanza a quelle regole di condotta al cui rispetto l'amministrazione è tenuta nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali. In particolare, viene in rilievo la circostanza che l'azione dell'amministrazione è vincolata ai limiti di legalità ad essa imposti. Se è ben vero, dunque, che la responsabilità viene tuttora ancorata, nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, alla colpa, è altresì vero che la sussistenza di quest'ultima viene verificata, salvo qualche eccezione (90), attraverso criteri obiettivi (91). Insomma, negli stessi Stati membri la responsabilità per colpa finisce per essere ammessa solo in virtù di una serie di artifici; in ogni caso, essa risulta sempre più oggettivizzata, cioè sempre meno o niente affatto collegata a una componente soggettiva". A proposito della responsabilità del legislatore nel prosieguo della trattazione si vedrà che la Spagna costituisce un'eccezione, caratterizzata dalla consacrazione del principio della responsabilità oggettiva.

¹⁷³ Par. 88 delle Conclusioni.

¹⁷⁴ Par. 80 della Sentenza.

¹⁷⁵ I criteri elencati dalla Corte si prestano ad essere letti come aspetti sintomatici di una mancanza di diligenza dello Stato, e sono riconducibili ad una nozione di colpevolezza, quanto meno in senso lato; basti pensare che il giudice nazionale dovrà valutare l'intenzionalità della violazione, il margine di discrezionalità riservato all'organo chiamato ad attuare la norma comunitaria, la scusabilità dell'eventuale errore di diritto.

¹⁷⁶ In questo modo, la Corte, adotta una soluzione eclettica. Del resto, tale comportamento risponde probabilmente a una valutazione di opportunità; infatti, questa

Altro criterio orientativo è costituito dal carattere scusabile o meno di un possibile errore di diritto. Nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, la Corte applicò il criterio dell'esistenza di un errore scusabile di diritto per indicare al giudice nazionale la presenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario. In questo caso, il principio è combinato con il criterio relativo all'esistenza di una giurisprudenza determinante della Corte di giustizia¹⁷⁷.

A proposito della sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, può rilevare il fatto che un'istituzione comunitaria abbia potuto contribuire all'omissione, adozione o mantenimento di misure o pratiche nazionali che violano il diritto comunitario. Questo criterio è in linea con un principio comune ai regimi di responsabilità, secondo cui lo Stato risponde dell'illecito ad esso imputabile, ma non di certo nel caso in cui all'origine della violazione del diritto comunitario ci sia stata una condotta attribuibile anche ad altri soggetti. In questo caso, pertanto, si potrebbe parlare di una responsabilità concorrente dello Stato e della Comunità¹⁷⁸.

soluzione propone un compromesso fra i modelli di responsabilità soggettivo ed oggettivo, e quindi è in grado di incardinarsi nei diversi ordinamenti nazionali, che prevedono regimi di responsabilità pubblica molto dissimili fra loro. La previsione di un sistema di responsabilità oggettiva sarebbe risultato contrario a quanto previsto nella maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali e, dall'altra, avrebbe portato ad un trattamento più severo dello Stato violatore rispetto all'Istituzione comunitaria inadempiente. D'altro canto, non prevedendo il requisito autonomo della colpa, la Corte ha evitato di prevedere espressamente la soggettivizzazione del sistema, il che avrebbe costituito un grosso ostacolo alla tutela effettiva dei diritti dei cittadini danneggiati dal comportamento degli Stati inadempienti. In particolare, ci riferiamo al fatto che l'elemento soggettivo è spesso molto difficile da provare e ancor più arduo appare il compito nel caso di comportamenti dei soggetti pubblici.

¹⁷⁷ A questo proposito, nel paragrafo 59 la Corte afferma che "la violazione dell'art. 30 del Trattato da parte della normativa tedesca, per quanto riguarda le disposizioni relative alla denominazione del prodotto posto in commercio, difficilmente potrebbe considerarsi un errore scusabile, dal momento che l'incompatibilità di siffatta disciplina con l'art. 30 del Trattato appare manifesta alla luce della giurisprudenza anteriore della Corte e, in particolare, delle sentenze 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, cosiddetta "Cassis de Dijon" (Racc. pag. 649), e 9 dicembre 1981, causa 193/80, *Commissione/Italia* (Racc. pag. 3019). Per contro, gli elementi di valutazione a disposizione del legislatore nazionale, tenuto conto della giurisprudenza in materia, per risolvere la questione se il divieto di utilizzare additivi fosse contrario al diritto comunitario, apparivano nettamente più incerti fino alla pronuncia della sentenza 12 marzo 1987, *Commissione/Germania*, citata, con la quale la Corte ha dichiarato questo divieto incompatibile con l'art. 30".

¹⁷⁸ Un caso particolarmente frequente consiste nel mancato inizio, da parte della Commissione, di una procedura di infrazione, che potrebbe contribuire alla violazione del diritto comunitario riferibile allo Stato. Prima che la Corte si pronunciasse sulla questione, la dottrina aveva avanzato l'ipotesi che la richiesta da parte dei giudici nazionali di una

Un criterio complementare, che la Corte considera applicabile cumulativamente ad altri, riguarda la persistenza della violazione dopo che la Corte ha giudicato la sussistenza di una violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato¹⁷⁹. Comunque, già sappiamo che il giudice nazionale può tenere in conto qualsiasi altra circostanza che possa incidere nel caso concreto¹⁸⁰.

pronuncia motivata da parte della Commissione o della Corte di giustizia ex art. 226 fosse un requisito per la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. La Corte ha dichiarato, tuttavia, che "l'esistenza di una sentenza della Corte che abbia constatato l'inadempimento è certo un elemento determinante, ma non indispensabile" per provare l'esistenza di una violazione di tale natura (Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029, par. 93). Il problema fondamentale riguarda la discrezionalità di cui gode la Commissione nell'avviare una procedura di infrazione e le difficoltà per controllarla. È necessario tenere in conto, inoltre, che, anche se sia la procedura di infrazione, sia l'azione di responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario, hanno una funzione deterrente rispetto a comportamenti contrari al diritto comunitario, i due meccanismi tendono a scoraggiare, quanto meno in principio, violazione di entità differente. Infatti, mentre la Commissione tende ad avviare una procedura di infrazione solo quando consideri che la violazione del diritto comunitario sia di sufficiente entità, l'illecito comunitario può trovare applicazione a fronte di qualunque violazione, purché arrechi un danno patrimoniale effettivo.

¹⁷⁹ Questo criterio è utilizzato dalla Corte nei casi *British Telecom* e *Denkavit*.

¹⁸⁰ Nel caso *Factortame III* (C-48/93) la Corte affermò che per decidere se la violazione dell'articolo 52 (attuale 43) commessa dal Regno Unito fosse sufficientemente caratterizzata, l'organo giurisdizionale nazionale avrebbe potuto tenere in conto altri aspetti. Par. 63: "Per valutare se la violazione dell'art. 52, in tal modo commessa dal Regno Unito, fosse manifesta e grave, il giudice nazionale potrebbe tener conto, tra l'altro, delle controversie giuridiche connesse alle peculiarità della politica comune della pesca, del comportamento della Commissione, la quale ha reso tempestivamente nota la propria posizione al Regno Unito, e delle valutazioni quanto al grado di certezza del diritto comunitario formulate dai giudici nazionali nell'ambito dei procedimenti sommari instaurati dai soggetti lesi dall'applicazione del *Merchant Shipping Act*".

L'esistenza di un nesso di causalità diretto fra la violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario e il danno sofferto dai soggetti privati.

L'Avvocato Generale Tesauo, nelle conclusioni alla sentenza *Factortame III*, affermò che il nesso di causalità costituisce “presupposto canonico della responsabilità aquiliana, in base al quale il danno lamentato deve essere diretta conseguenza del fatto dannoso che si imputa al suo autore”¹⁸¹. La Corte di giustizia esige, pertanto, l'esistenza di un nesso di causalità fra la violazione dello Stato e il danno arrecato al soggetto privato¹⁸², la cui valutazione è competenza dei giudici nazionali¹⁸³. La Corte di giustizia si è espressa sulla questione del nesso di causalità connessa all'effetto diretto verticale delle direttive comunitarie, ed ha stabilito che la nozione di Stato debba essere interpretata in senso ampio¹⁸⁴. La dottrina ha segnalato come questa interpretazione estensiva abbia dato luogo a numerosi casi di discriminazione; infatti, solo per

¹⁸¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93l. Racc. I-01029. Par. 97.

¹⁸² Ciò significa che la giurisprudenza Francovich non si applica né ai danni causati da una violazione del diritto comunitario imputabile a un'istituzione comunitaria, né ai danni conseguenti alla violazione della norma comunitaria da parte di un altro soggetto privato. Da una parte, quando la violazione è dovuta ad una condotta contraria al diritto comunitario imputabile ad un'istituzione comunitaria entra in gioco il regime previsto nell'articolo 288 del Trattato. D'altra parte, il danno può essere causato da una violazione del diritto comunitario imputabile a un cittadino. In questo caso, sarebbe applicabile il diritto nazionale, anche se, come ricorda Haguénau, in alcuni casi il diritto comunitario istituisce regimi specifici di responsabilità per ambiti concreti. E' il caso della direttiva 85/374/CEE, del 25 luglio del 1985, relativa all'approssimazione delle disposizioni legali, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per i danni causati dai prodotti difettosi, e della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso». V. C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1995.

¹⁸³ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 65.

¹⁸⁴ Sent. CGCE, 12 luglio 1990, *A. Foster e altri c. British Gas PLC*. Causa C-188/89. Racc. I-03313, par. 20. In questo modo, oltre a comprendere tutti gli organi dell'amministrazione, centrale e decentrata, la Corte include nella nozione di Stato qualsiasi organismo che, “*indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli*”.

ricordare l'esempio più evidente, i soggetti privati non potranno invocare una disposizione contenuta in una direttiva comunitaria non recepita nei confronti di un imprenditore privato, mentre ciò sarà possibile nei confronti di un imprenditore soggetto pubblico¹⁸⁵. A proposito dei criteri per l'accertamento della sussistenza del nesso causale, la Corte di giustizia ha rinviato agli ordinamenti nazionali; tale scelta, in parte giustificata dal fatto che il rapporto di causalità è una materia particolarmente complessa e dibattuta in ogni ordinamento, ha comunque destato qualche perplessità in parte della dottrina, che ha sostenuto che la Corte avrebbe potuto delineare un quadro unitario, attingendo alla giurisprudenza relativa alla responsabilità delle istituzioni comunitarie¹⁸⁶.

Inoltre, ci si è posti altri interrogativi, uno fra tutti quello relativo all'ipotesi di interruzione del nesso causale. Sotto questo profilo si devono considerare le ipotesi di comportamento del soggetto danneggiato, di intervento di terzi soggetti o di forza maggiore. A proposito del comportamento del terzo, ci si chiede se il nesso causale sia rotto nel caso in cui il soggetto danneggiato non abbia esercitato tutte le azioni possibili. Sulla questione della non interposizione, entro il termine, delle azioni di impugnazione, e se ciò impedisca di invocare la responsabilità dello Stato, gli ordinamenti giuridici nazionali offrono soluzioni divergenti, che vanno dalla considerazione della totale autonomia dei due tipi di azione, lasciando il soggetto libero di scegliere quella che consideri più conveniente (è questo il caso del diritto francese), fino a condizionare l'azione di responsabilità all'utilizzo di un altro rimedio, come l'azione di annullamento¹⁸⁷.

¹⁸⁵ A tal proposito, v. P. MANIN, *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *Revue Trimestrelle du Droit Européenne*, 4, 1990, (pp. 682 – 686); L. MILLÁN MORO, *La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 18, 1991, (pp. 845 – 877), WAELBROECK, *Treaty violations and liability of Member States: the effect of the Francovich case law*, cit..

¹⁸⁶ Ciò detto, sembra che tale ampia discrezionalità dei giudici nazionali sia destinata a ridursi. Infatti, nelle sentenze Brinkmann e Rechberger, la Corte di giustizia si è pronunciata direttamente riguardo alla sussistenza del nesso causale fra violazione del diritto e danno arrecato. A tali pronunce fa riferimento Ermanno Calzolaio in CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica* cit., pp. 56 – 57.

¹⁸⁷ A tal proposito richiamiamo l'affermazione dell'Avvocato Generale Tesauro, secondo cui bisogna chiedersi se detto nesso possa essere interrotto, in primo luogo, dal comportamento della vittima del danno e, in secondo luogo, se la vittima avrebbe potuto

Evidentemente questa questione è particolarmente importante dal punto di vista pratico, perché, come sappiamo, spetta al giudice nazionale decidere a proposito dell'avveramento delle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia. Se il diritto comunitario nulla stabilisce in materia sarà la corte nazionale a decidere, applicando il diritto interno, se nel caso concreto sussista o meno il nesso di causalità. Pertanto, bisogna considerare, in primo luogo, la disciplina comunitaria, perché il giudice, ai fini della decisione, deve dedurre dal diritto comunitario le regole relative all'autonomia o sussidiarietà dell'azione di indennizzo rispetto ad altri tipi di azione¹⁸⁸. Inoltre, la Corte di giustizia, nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, ha stabilito che per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione¹⁸⁹.

Altro problema è quello relativo all'intervento del terzo, al quale potrebbe imputarsi la rottura del nesso causale, che può essere un'autorità pubblica o un soggetto privato. Nel caso che si tratti di un'autorità pubblica, bisogna chiedersi se lo Stato può allegare la rottura del nesso causale nel caso in cui, per esempio, non abbia recepito una direttiva comunitaria a causa della mancata collaborazione da parte di un'autorità decentrata. La

esperire dei rimedi giurisdizionali nazionali per evitare il danno senza giungere alla domanda di indennizzo. Conclusioni dell'avvocato generale Tesauro del 28 novembre 1995. - *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*, Paragrafi 97-99. L'avvocato generale cita il Principio III della Raccomandazione del 18 settembre 1984 del Consiglio d'Europa secondo il quale la vittima potrà veder ridotto o rifiutato il risarcimento "*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée*". Da ciò si deduce che l'interruzione del nesso causale può dipendere da un comportamento colposo da parte del danneggiato. Si pensi all'orientamento del Consiglio di Stato italiano circa la pregiudizialità amministrativa.

¹⁸⁸ A questo proposito, l'avvocato generale Tesauro ha sottolineato come, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale della Comunità, la Corte ha affermato la autonomia dell'azione di responsabilità. Tuttavia, nell'ambito della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario sembra, secondo l'opinione di Tesauro, che la Corte abbia optato per la sussidiarietà dell'azione di responsabilità. Questa conclusione appare condivisibile se si considera che la giurisprudenza della Corte di giustizia applica sussidiariamente il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario quando questo consista nel mancato recepimento di una direttiva comunitaria carente di effetto diretto.

¹⁸⁹ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 84.

risposta negativa a questa questione si deduce dalla giurisprudenza comunitaria dettata nell'ambito del ricorso per infrazione disciplinato dall'art. 226 del Trattato. Come noto, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, uno Stato membro non può allegare disposizioni, pratiche o circostanze del suo ordinamento giuridico interno per giustificare la violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario. Lo Stato sarà ritenuto responsabile della violazione, salvo la possibilità di quest'ultimo di dirigersi in un secondo tempo contro l'autorità responsabile della violazione¹⁹⁰. Se, nell'esercizio delle competenze di cui sia titolare in virtù del diritto interno, un organo di diritto pubblico o un'autorità decentrata violano il diritto comunitario e allo stesso tempo arrecano un danno ad un soggetto privato, nulla impedisce che si eserciti un'azione di responsabilità nei confronti di quest'ultimo¹⁹¹.

¹⁹⁰ E' il caso, che approfondiremo in seguito, della violazione del diritto comunitario da parte di un'autorità decentrata. Come già sottolineato in precedenza, da questo punto di vista il giudice comunitario ha accolto il criterio, proveniente dal diritto internazionale, dell'unità dello Stato: ciò consiste in una vera e propria finzione giuridica in virtù della quale si centralizza la responsabilità dello Stato, il che non impedisce, ovviamente, che quest'ultimo si possa rivalere sull'autorità decentrata da cui dipenda la violazione. Quindi, la responsabilità *ad extra* si determina in virtù del principio di unità dello Stato; per quanto riguarda la configurazione della responsabilità *ad intra* bisognerà fare riferimento a quanto disposto nel diritto interno. L'autorità pubblica in questione potrà anche assumere su di sé l'obbligo di indennizzare il soggetto privato danneggiato.

¹⁹¹ Nella sentenza Haim II la Corte stabilì quanto segue: "per quanto riguarda gli Stati membri a struttura federale, la Corte ha già statuito che, purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti (sentenza Könle, citata, parr. 63 e 64). Ciò vale del pari per gli Stati membri, a struttura federale o meno, nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato. In tali Stati membri il risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti d'ordine interno adottati in violazione del diritto comunitario da un ente di diritto pubblico può quindi essere garantito da quest'ultimo. Il diritto comunitario non osta neppure alla sussistenza della responsabilità di un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario accanto a quella dello Stato membro stesso. A questo riguardo, si deve ricordare la giurisprudenza consolidata secondo la quale, con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario nel caso in cui le condizioni per la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario siano soddisfatte, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere

Diverso è il caso di rottura del nesso causale in seguito all'intervento di un soggetto privato. Questa questione è emersa per la prima volta nel caso Dillenkofer. Ci si chiese se il governo tedesco potesse allegare la rottura del nesso causale per il fatto che gli operatori economici interessati non avevano offerto la loro collaborazione, il che risultava indispensabile per il recepimento della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso». A questo interrogativo si diede una risposta negativa, per ragioni analoghe a quelle che abbiamo esposto circa l'intervento di un'autorità pubblica. A tal proposito la Corte di giustizia nella sentenza Rechberger, affermò, seguendo una linea consolidata, che è compito degli organi giudiziari nazionali decidere sull'esistenza di un nesso di causalità diretta fra la violazione dell'obbligo e il danno sofferto dal soggetto privato¹⁹². Nel caso concreto, la Corte di giustizia giudicò, da un lato, che tale rapporto di causalità diretta era stato posto in evidenza dal giudice nazionale, e, dall'altra, che l'obiettivo previsto dalla direttiva consisteva nella protezione del consumatore contro i danni economici derivanti dal fallimento dell'organizzatore, qualsiasi fossero le cause dello stesso¹⁹³. Per questa ragione, affermò che “non può escludersi la responsabilità di uno Stato

praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenze citate Francovich, parr. 41-43, e Norbrook Laboratories, par. 111)”. Paragrafi 30 – 33.

¹⁹² Sent. CGCE, 15 giugno 1999, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e altri c. Repubblica d'Austria. Causa C-140/97. Racc. I-03499. In questo caso, la violazione, imputabile all'Austria, consisteva nello scorretto recepimento della direttiva 90/314. Nella stessa questione pregiudiziale formulata dall'organo giurisdizionale di remissione, si chiedeva che la Corte chiarisse se, nel caso in cui esiste un rapporto di causalità diretta fra il comportamento dello Stato membro che ha recepito scorrettamente la direttiva e il danno sofferto dai soggetti privati, questa relazione di causalità diretta non genera responsabilità dello Stato se questo dimostrasse che l'organizzatore dei viaggi (il terzo, in questo caso) si è comportato in modo imprudente. Par. 72: “A tale proposito, occorre rilevare che, come ha statuito la Corte nella sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame (Racc. pag. I-1029, par. 65), spetta ai giudici nazionali verificare la sussistenza di un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi”.

¹⁹³ Par. 73 - 74: “Nella fattispecie occorre innanzi tutto osservare che il giudice del rinvio ha rilevato come tale nesso di causalità diretto fra il comportamento dello Stato membro che ha trasposto in modo incompleto la direttiva e il danno derivatone per i particolari sussistesse. Inoltre, si deve rilevare che l'art. 7 della direttiva contiene l'obbligo di risultato di conferire a coloro che partecipano a viaggi «tutto compreso» un diritto alle garanzie di rimborso delle somme versate e di rimpatrio in caso di fallimento dell'organizzatore di viaggi. Tale garanzia è volta per l'appunto a tutelare il consumatore turistico contro le conseguenze del fallimento, indipendentemente dalle cause del medesimo”.

membro per violazione dell'art. 7 della direttiva a motivo di comportamenti imprudenti dell'organizzatore di viaggi"¹⁹⁴.

Altra questione collegata con la tematica del nesso causale attiene al verificarsi di "eventi eccezionali e imprevedibili". Nel caso che originò la sentenza *Rechberger*, il giudice nazionale domandò alla Corte se, oltre all'imprudenza dell'organizzatore di viaggi, il nesso causale avrebbe potuto considerarsi rotto in caso di produzione di eventi eccezionali o imprevedibili, e la Corte rispose che il nesso di causalità non può considerarsi interrotto neanche in casi di questo genere. Per cui, è chiaro che il giudice comunitario, sulla scorta della giurisprudenza relativa alla procedura di infrazione, disegna un sistema sensibilmente tendente all'oggettivizzazione. Ciò detto, nel corso della trattazione si evidenzierà che la disciplina della responsabilità patrimoniale dei pubblici poteri offerta dagli ordinamenti nazionali contempla diverse cause di esclusione della responsabilità, fra cui la forza maggiore, per cui la valutazione di tale elemento risulta pressoché totalmente delegata alla discrezionalità dei giudici nazionali¹⁹⁵.

Ulteriori criteri indicati dalla Corte di giustizia. In particolare, sulla quantificazione del danno.

Nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* la Corte, oltre a stabilire i principi analizzati nelle pagine precedenti, precisò alcuni criteri indicativi per i giudici nazionali chiamati a giudicare casi di illecito comunitario.

Un aspetto particolarmente importante attiene alla determinazione del danno e, pertanto, alla quantificazione del suo indennizzo. In linea di principio, la determinazione dell'importo del risarcimento dipende dal diritto nazionale in materia di responsabilità dei pubblici poteri. Ciononostante, la Corte di giustizia ha stabilito una serie di criteri-guida

¹⁹⁴ Par. 75. Si pensi anche alla controversia sottoposta all'*Audiencia Nacional* relativa ai contratti di multiproprietà conclusi nelle more del recepimento della normativa comunitaria.

¹⁹⁵ Come vedremo, in ogni sezione sarà dedicato specifico spazio alle ipotesi di interruzione del nesso causale.

che devono orientare il giudizio delle corti nazionali. In primo luogo, la Corte ha stabilito che il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazione del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti¹⁹⁶. In secondo luogo, la libertà del giudice è limitata da un criterio specifico: al momento di fissare il *quantum* dell'indennizzo potrà considerare il comportamento del soggetto danneggiato¹⁹⁷. In tal modo trova applicazione, così come afferma espressamente la Corte, un principio generale comune alle tradizioni giuridiche degli Stati membri, che impone che il danneggiato sia tenuto a dimostrare di aver agito con una diligenza ragionevole per limitare il danno. In caso contrario non potrà ricevere un integrale risarcimento, salva l'ipotesi della concessione di una forma di risarcimento dissuasorio, nel caso in cui siano soddisfatti i requisiti che il diritto nazionale stabilisca a questo effetto.

Una delle questioni più dibattute dalla dottrina riguarda le caratteristiche del danno sofferto dal privato in conseguenza della violazione del diritto comunitario. A questo proposito, non è chiaro se il danno debba essere attuale e certo o se, al contrario, possa essere risarcito anche il danno prevedibile. Secondo la tesi maggioritaria, bisogna applicare per analogia la soluzione proposta dalla Corte a proposito della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie. Pertanto, il danno, per poter essere risarcito, dovrà essere attuale e certo, o imminente e sufficientemente prevedibile. In questo senso, la Corte ha affermato che, a proposito del danno risarcibile, non si può escludere totalmente il lucro cessante, poiché, soprattutto per quanto riguarda le controversie di carattere economico o commerciale, tale esclusione renderebbe impossibile un reale risarcimento del danno¹⁹⁸. Per il resto, spetta al

¹⁹⁶ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 82.

¹⁹⁷ Si tratta del principio, richiamato in precedenza, espresso al par. 84, ai sensi del quale "per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione".

¹⁹⁸ Sent. CGCE 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, par. 87: "Sul punto, si deve rilevare che l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario. Invero, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno".

giudice nazionale determinare e quantificare i danni risarcibili in virtù del diritto nazionale applicabile, tenendo in conto, in ogni caso, che il risarcimento non può limitarsi ai danni sofferti in un momento successivo alla sentenza della Corte che, in virtù dell'art. 226, accerti la violazione; al contrario, l'obbligo di risarcimento sorge quando si verifichino i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte¹⁹⁹. In caso contrario il diritto al risarcimento risulterebbe condizionato ad un eventuale pronuncia da parte della Corte, che non dipende dall'iniziativa del cittadino danneggiato²⁰⁰. Ciò non impedisce che la Corte limiti nel tempo gli effetti della sentenza, se ciò è in linea con il diritto nazionale applicabile, tenendo in conto le esigenze del principio di certezza del diritto. Perciò, pur non stabilendo direttamente tale limitazione, il giudice comunitario ha stabilito che, nel caso in cui non diventi troppo difficile o praticamente impossibile il risarcimento e si richiedano requisiti analoghi a quelli relativi ad un altro caso basato sul diritto interno, tale limitazione è ammissibile²⁰¹. Sarà possibile, quindi, che il giudice nazionale stabilisca un limite temporale

¹⁹⁹ Questo appare ovvio se si considera che si tratta di azioni indipendenti, e che, il più delle volte, la violazione non è sancita da una sentenza della Corte di giustizia.

²⁰⁰ Par. 95: "subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché tale presupposto porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell' art. 169 del Trattato e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti conferiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento (in questo senso, sentenza 14 dicembre 1982, cause riunite 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, Waterkeyn e a., Racc. pag. 4337, par. 16)".

²⁰¹ Parr. 98 - 100: "Nell'ipotesi in cui il giudice nazionale pervenga a constatare che i presupposti per il sorgere delle responsabilità della Repubblica federale di Germania sono soddisfatti nel caso di specie, si deve ricordare che è nell'ambito delle norme nazionali relative alla responsabilità che incomberebbe allo Stato la riparazione delle conseguenze del danno arrecato. Nell'ambito delle condizioni di sostanza e di forma prescritte dalle varie normative nazionali in materia di risarcimento dei danni può tenersi conto della necessità di rispettare il principio della certezza del diritto. Va tuttavia ricordato che tali condizioni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenza Francovich e a., citata, par. 43). Ciò posto, non vi è motivo per limitare gli effetti nel tempo della presente sentenza".

all'obbligo di risarcimento, il che significa obbligare lo Stato unicamente al risarcimento dei danni prodotti a partire da un determinato momento²⁰².

²⁰² In questo modo, si eviterebbe che le conseguenze della condanna fossero eccessivamente gravose per lo Stato. Nella sentenza Defrenne dell'8 aprile 1976 (Sent. CGCE, 8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne* contro *Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Causa 43-75. Racc. 00455), la Corte affermò che, per tutelare l'esigenza della certezza del diritto relativa agli interessi in gioco, non poteva allegarsi l'effetto diretto dell'articolo 119 (attuale articolo 141) del Trattato per instare reclami relativi a periodi di retribuzione anteriori alla data di detta sentenza, salvo per quei lavoratori che, precedentemente, avessero iniziato un qualche ricorso o formulato un qualche analogo reclamo. La Corte si è espressa in termini analoghi quando è stata chiamata a pronunciarsi a proposito di procedimenti pregiudiziali di interpretazione. Secondo la regola generale (richiamata dalla Corte nelle sentenze del 27 marzo 1980. – Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit Italiana SRL e dell'11 agosto 1995 - F. G. Roders BV e altri contro Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen), gli effetti di una sentenza di interpretazione decorrono dalla data di entrata in vigore della norma interpretata e, pertanto, la norma comunitaria interpretata dalla Corte di giustizia deve essere applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti giuridici sorti prima dell'emissione della sentenza che risolve la questione pregiudiziale di interpretazione.

CAPITOLO III. IL CONFINE FRA I PARADIGMI. REGOLE E LIMITI DELL'AUTONOMIA DEGLI STATI MEMBRI NELL'APPLICAZIONE DELL'ILLECITO COMUNITARIO.

Premessa.

Prima di dedicarci all'analisi dei modelli nazionali di responsabilità dello Stato e, in particolar modo, alla comparazione delle soluzioni applicative della dottrina Francovich, dobbiamo ancora soffermarci sulle coordinate che orientano i rapporti reciproci fra ordinamenti. Il tema relativo alle zone di contatto fra i paradigmi è già stato accennato nel capitolo precedente, in riferimento ai limiti interni del paradigma comunitario. Ora, intendiamo completare il quadro dando conto dei limiti esterni, ovvero, della funzione di integrazione dell'istituto assegnato ai diritti nazionali, dei principi di diritto comunitario che orientano e limitano gli ordinamenti interni, e, più concretamente, degli elementi costitutivi dell'illecito comunitario che sono oggetto di completamento da parte dei diritti nazionali. Tale capitolo costituisce una sorta di passaggio propedeutico prima di trattare nel dettaglio i modelli nazionali, in modo da offrire non una semplice descrizione della complementarietà fra paradigmi, ma un approfondimento in senso critico dell'effettiva portata dei principi che regolano i reciproci rapporti fra diritto comunitario e ordinamenti nazionali.

L'analisi delle epifanie nazionali dell'illecito comunitario deve essere pertanto preceduta dall'analisi dei principi che regolano l'interazione fra paradigmi e dalla disamina degli aspetti regolati dagli ordinamenti interni. Senza voler anticipare le considerazioni conclusive, avvertiamo che tale passaggio appare quanto mai opportuno perché, come vedremo, la "dottrina Francovich", seppur generalmente accettata da parte delle corti nazionali, in fase applicativa incontra non poche resistenze e, in ogni caso, muta la sua fisionomia a seconda dell'ordinamento in seno al quale

è applicata; come sappiamo, l'applicazione dell'illecito comunitario risente non solo dei regimi nazionali di responsabilità, ma anche di un'attitudine difensiva da parte delle giurisdizioni nazionali, che in non pochi casi ha condotto ad un vero e proprio tradimento delle funzioni proprie di tale istituto¹. Rinviamo a un secondo momento l'analisi relativa ai profili di criticità che hanno indotto parte della dottrina a ridimensionare la concreta rilevanza dell'illecito comunitario, spesso definito come un rimedio "residuale" dal punto di vista sistemico oltre che poco incisivo come strumento di tutela dei diritti. Per ora, intendiamo approfondire il dato, cui già si è fatto riferimento, secondo cui alcuni elementi fondamentali dell'illecito devono essere integrati a livello dei singoli ordinamenti nazionali, cui spetta, in primo luogo, stabilire se il danno conseguente all'illecito comunitario debba essere tutelato attraverso una specifica azione o, al contrario, se debba essere azionato secondo i rimedi di diritto comune². Più in generale, ricordiamo che la Corte di giustizia ha delineato alcuni elementi relativi alla responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario, ma ne ha delegato agli ordinamenti nazionali il completamento, che consiste nell'integrazione degli elementi trascurati in sede comunitaria (si pensi ai termini di prescrizione dell'azione di risarcimento) e, d'altro lato, nella precisazione, da parte dei giudici nazionali, del contenuto degli elementi accennati in ambito comunitario (per es. la concretizzazione del secondo presupposto, ovvero la sussistenza di una "violazione sufficientemente caratterizzata")³. La disciplina comunitaria, di per sé non esaustiva, va integrata con quella nazionale non solo a livello sostanziale, ma, soprattutto, a livello

¹ In Francia, vi è chi si è esplicitamente riferito ad una forma di "*chauvinisme juridique*". V., ad esempio, M. BERGERÉS, *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême*, in *Droit Fiscal*, 36, 2006, (pp. 1492 - 1497).

² Si tratta della questione sintetizzata dalla formula "*Francovich claim, new or old clothes?*". A titolo di esempio, ricordiamo che in alcuni Stati membri, fra cui il Lussemburgo e l'Austria, la responsabilità per violazione del diritto comunitario, a determinate condizioni, costituisce una causa indipendente di azione. In diversi altri Stati membri, invece, la responsabilità per violazione del diritto comunitario deve essere oggetto di un'azione fra quelle già previste in seno all'ordinamento nazionale.

³ A proposito del ruolo dei giudici nazionali come corti decentrate di diritto comunitario, rinviamo ai capitoli precedenti. Oltre alla bibliografia finora citata a tale riguardo, segnaliamo A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 1 - 20).

processuale. In questo senso ci troviamo di fronte ad un "illecito interfacciale"⁴, né compiutamente comunitario né compiutamente nazionale ma, appunto, derivante dalla compenetrazione di ordinamenti. Infatti, l'azione deve essere esercitata secondo le norme di ciascuno Stato membro e nel rispetto delle relative procedure, e sarà pertanto il giudice interno ad applicare tali disposizioni per risolvere questioni fondamentali quali la competenza, i termini di decadenza e prescrizione, la determinazione e quantificazione del danno risarcibile, ecc.⁵.

Nel primo capitolo abbiamo accennato che lo schema che meglio sintetizza tale interazione, seppur nel quadro di un rapporto di subordinazione del diritto interno rispetto al diritto comunitario, è certamente la rete piuttosto che la metafora kelseniana della piramide, che, come noto, raffigura una struttura a gradi basata sul criterio di validità⁶. Come sappiamo, infatti, il sistema multilivello europeo integra un ordine giuridico *sui generis*, in cui opera una pluralità di ordinamenti giuridici su base non gerarchica ma interattiva e cooperativa. Il rapporto fra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario risponde, pertanto, ad una subordinazione "gentile", regolata da un bilanciamento fra principi⁷. Ancora una volta, la giurisprudenza comunitaria ha progressivamente compresso l'autonomia degli Stati membri evitando, al contempo, un'eccessiva intromissione da parte del diritto comunitario⁸. In altri termini,

⁴ Definizione fornita da E. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e responsabilità*, 7, 2003, (pp. 718 - 727), pag. 725.

⁵ Come vedremo nel corso della trattazione, sono riservati alla competenza degli Stati membri la definizione del soggetto passivo, della disciplina processuale del giudizio e della realizzazione coattiva della pretesa. Vedremo come le norme applicabili alle azioni di responsabilità extracontrattuale possano differire sensibilmente da Stato a Stato, il che può mettere in serio pericolo il perseguimento del fondamentale obiettivo, consistente nella possibilità che tutti i cittadini comunitari ostentino effettivamente ed allo stesso modo le posizioni giuridiche fondate sul diritto comunitario.

⁶ Quindi, secondo le parole di Enrico Scoditti, "il baricentro del sistema si sposta dal criterio verticale di validità delle norme a quello orizzontale del reciproco riconoscimento fra sistemi normativi differenti, in base al quale sistemi diversi si conferiscono reciprocamente autorità normativa nell'ambito di un processo che, per forza di cose, implica reciproco adattamento ed adeguamento (sul piano filosofico il mutuo riconoscimento di status normativo fra sistemi differenti è debitore della dialettica hegeliana del riconoscimento)". Cit. da SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.*, pag. 725.

⁷ Cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁸ La connessione fra principio di parità fra i cittadini dell'Unione nel godimento dei diritti processuali e nozione di cittadinanza europea è trattata in G. RAITI, *Brevi considerazioni*

l'obiettivo perseguito dal giudice comunitario consiste nel preservare l'integrità dei tradizionali rimedi di responsabilità, che devono accogliere ed interpretare il dettato comunitario senza esserne travolti. La Corte assicura questo delicato equilibrio attraverso l'applicazione di principi che operano e si controbilanciano in termini estremamente problematici e non di rado contraddittori. All'analisi di tali principi seguirà l'approfondimento relativo agli elementi della fattispecie che sono oggetto di integrazione da parte degli ordinamenti interni, attraverso l'opera interpretativa svolta dai giudici nazionali.

su "cittadinanza" e "tutela giurisdizionale civile" nell'ambito dell'U.E., in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2008, (pp. 41 - 54), pag. 48.

I principi regolatori del sistema multi-livello di responsabilità dello Stato.

Il principio di autonomia istituzionale e processuale.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Si tratta del già citato principio della autonomia istituzionale e processuale, in virtù del quale lo Stato ha la facoltà di disciplinare le forme per la corretta esecuzione del diritto comunitario, restando fermo, ovviamente, il parallelo dovere di assicurare che tutte le istituzioni, legislative, amministrative o giurisdizionali, e tutti i procedimenti di applicazione, garantiscano che la normativa comunitaria si realizzi in forma piena, effettiva ed uniforme. Il principio dell'autonomia istituzionale, applicato alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, comporta che il diritto al risarcimento debba essere soddisfatto attraverso i rimedi previsti in seno ai singoli ordinamenti nazionali; quindi saranno fondamentali questioni quali la determinazione delle giurisdizioni competenti a giudicare, le regole relative al danno risarcibile, il nesso di causalità, ecc., che saranno regolate secondo le discipline nazionali.

Secondo il principio dell'autonomia processuale, in assenza di una procedura armonizzata e, più in generale, di una regolamentazione della materia da parte del diritto comunitario, le modalità e i meccanismi di tutela dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie sono predisposti dagli ordinamenti interni⁹. In particolare, la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che spetta all'ordinamento giuridico interno di

⁹ Finora, a proposito dell'azione per danni per violazione del diritto comunitario, non è stata approvata alcuna disciplina processuale armonizzata, per cui si continuano ad utilizzare le abituali vie amministrative e giurisdizionali nazionali che, ovviamente, devono rispettare i principi di effettività ed equivalenza.

ciascuno Stato membro, oltre alla designazione del giudice competente, la decisione relativa alle modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie¹⁰. In altri termini, in ossequio al principio di autonomia procedimentale, o, meglio, di competenza procedimentale degli Stati membri, sarà compito delle corti nazionali applicare le norme di diritto comunitario, d'accordo con le proprie norme processuali interne. Tale principio, enunciato in un primo tempo in un ambito estraneo alla responsabilità per violazione del diritto comunitario e poi applicato anche a questa figura, poggia sulla presunzione che l'ordinamento giuridico interno offra rimedi sufficienti per assicurare una protezione efficace delle posizioni giuridiche dei cittadini¹¹. Tuttavia, come vedremo, questo non è sempre vero, e l'ottimismo di questo postulato ha dovuto più volte confrontarsi con una applicazione giudiziale del principio eterogenea e scostante. Tale principio è stato quindi temperato da parte della Corte di giustizia attraverso l'elaborazione e l'enunciazione di altri principi, che nel corso del tempo hanno sempre più limitato l'autonomia processuale degli Stati membri. A tal proposito, possiamo ricordare le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro alla sentenza *Brasserie du Pêcheur*, secondo cui il principio dell'autonomia presenterebbe gravi inconvenienti, fra i quali il rischio di avallare un sistema discriminatorio¹². D'altra parte, anche senza svolgere una riflessione che consideri l'applicazione del principio nel suo complesso, è agevole notare come la sentenza

¹⁰ Ciononostante, nel corso della trattazione vedremo come soprattutto negli ultimi anni si sia verificato un fenomeno di erosione di tale principio, in particolare a proposito del riparto di competenze fra organi nazionali. D'altra parte, la Corte di giustizia si è più volte pronunciata sulla qualificazione di situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario nella fase di risposta alle domande promosse dalle corti nazionali a proposito della competenza o meno in relazione a controversie concrete.

¹¹ A tal proposito, v., ad esempio, la Sent. CGCE, 19 dicembre 1968, S.p.A. Salgoil contro Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana. Causa 13-68, Racc. edizione italiana pagina 00602.

¹² Concl. *Brasserie du Pêcheur*, parr. 49 – 50: “è fin troppo evidente che un mero rinvio al diritto nazionale rischierebbe di avallare un sistema discriminatorio, nella misura in cui rispetto ad una stessa violazione i cittadini comunitari sarebbero diversamente garantiti e qualcuno niente affatto garantito. 50 Insomma, affinché la tutela risarcitoria sia assicurata in tutti gli Stati membri in modo - se non proprio uniforme - almeno omogeneo, è indispensabile che sia lo stesso diritto comunitario a stabilire quantomeno le condizioni minime che determinano il diritto al risarcimento, in particolare i criteri secondo i quali tali condizioni vanno accertate, nonché i limiti "comunitari" imposti alle condizioni "nazionali" relative al risarcimento, siano esse procedurali o no”.

Francovich, secondo cui “è nell’ambito del diritto nazionale relativo alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato”¹³, di per sé considerata, “*suppose qu’il existe dans tous les États membres une voie de droit permettant l’indemnisation des dommages causés*”¹⁴ e non consideri che i regimi nazionali possono comportare lacune ed offrire ai soggetti danneggiati una tutela complessivamente inferiore rispetto a quanto previsto dalla Corte di giustizia¹⁵. L’importanza dell’obbligo di esecuzione del diritto comunitario da parte degli Stati nazionali ha indotto la Corte a limitare l’autonomia di cui questi dispongono e di contemperarla in modo da assicurare il rispetto di tale obbligo attraverso i principi che andiamo via via ad analizzare.

La Corte di giustizia è stata costante nel perseguire il fondamentale obiettivo di assicurare l’effetto utile del diritto comunitario attraverso una progressiva compressione dell’autonomia processuale degli Stati¹⁶. La Corte ha dunque precisato i limiti dell’autonomia degli Stati, segnalando, al contempo, che il diritto comunitario non impone la creazione di nuove azioni da esercitare davanti alle corti nazionali, ma che tali corti dovranno assicurare, nel quadro degli ordinamenti interni e secondo la normativa processuale esistente, la tutela diretta, immediata ed effettiva dei diritti soggettivi riconosciuti dal diritto comunitario¹⁷. È stato opportunamente

¹³ “Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”. L’affermazione è ripresa nelle sentenze *Brasserie/Factortame* 67 e *Hedley Lomas* 31.

¹⁴ Cfr. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l’autorité nationale en cas de violation du droit communautaire cit.*, pag. 47.

¹⁵ A proposito delle imperfezioni nell’applicazione del principio, ed alla possibilità che in taluni casi sia esclusa qualsiasi forma di risarcimento, v. J. FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, Paris, 2000, pp. 251 – 257.

¹⁶ Tale orientamento è stato confermato una volta di più nella sentenza *Unibet*. Sent. CGCE, 13 marzo 2007, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, Causa C-432/05, Racc. 2007 pagina I-02271. A tal proposito, v. G. BO, *La pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2008, (pp. 1065 – 1078), pag. 1071.

¹⁷ Cfr. Sent. CGCE, 7 luglio 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord MBH e Rewe-Markt Steffen contro Hauptzollamt Kiel*. – Causa 158/80. Racc. 1981 pagina 01805. “È opportuno osservare anzitutto che il Trattato, nonostante abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono eventualmente venir esperite dai singoli dinanzi alla Corte di giustizia, non ha comunque inteso istituire mezzi d’impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già

affermato che sugli Stati incombe un obbligo di risultato, poiché gli Stati, pur obbligati ad assicurare la tutela dei diritti fondati sul diritto comunitario, sono autonomi a proposito dei mezzi utilizzati a tale scopo¹⁸. Tale impostazione sembra particolarmente opportuna in una duplice prospettiva: da un lato, i cittadini potranno tutelare la propria posizione giuridica attraverso l'utilizzo degli strumenti processuali nazionali, presumibilmente meglio conosciuti, e, dall'altro, l'obiettivo costituito da una sempre maggiore integrazione dell'ordinamento comunitario nei rispettivi ordinamenti nazionali sarà perseguito mantenendo intatte, all'interno dell'Unione Europea, le diverse discipline processuali. Comunque, la remissione alle vie procedurali degli Stati membri in nessun caso sarà incondizionata, perché questo potrebbe andare a detrimento dell'applicazione corretta e uniforme del diritto comunitario. La discrezionalità degli Stati membri è quindi circoscritta e limitata da altri principi, fra i quali spicca il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato CE, disposizione chiave dell'intero sistema giuridico comunitario, che impone agli Stati membri di facilitare la Comunità nell'adempimento dei suoi compiti, adottando tutte le misure finalizzate agli scopi del Trattato, nonché astenendosi da qualsiasi misura che rischi di comprometterne gli scopi¹⁹. Tale principio è stato così utilizzato non

contemplati dal diritto nazionale". Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 19 settembre 1996. - The Queen contro Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton. - Causa C-66/95, Racc. 1997 pagina I-02163. "67 L'obbligo incombente agli Stati membri di dare piena effettività ai principi comunitari per i quali non sono stati previsti provvedimenti di armonizzazione si realizza quindi, secondo la vostra giurisprudenza, nel rispetto del principio dell'autonomia istituzionale, il quale implica che vengano adottate le misure necessarie all'applicazione delle norme comunitarie, nell'ambito dei sistemi statali, da parte delle istituzioni nazionali e secondo le procedure e i poteri di cui detti sistemi dispongono".

¹⁸ Cit. da G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS e J.P. KEPPELNE, *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, in *Mélanges en hommage à Michael Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1999, (pp. 517 – 551), pag. 519.

¹⁹ Sent. CGCE, 14 dicembre 1995. - Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga. - Causa C-312/93. Racc. 1995 pagina I-04599. "12 Per quanto riguarda la prima parte della questione così riformulata, va ricordato che, per giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del Trattato, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. In mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Tuttavia, dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente

solo ai fini del riconoscimento del principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario, ma anche per la configurazione dell'obbligo, in capo alle autorità giurisdizionali e amministrative nazionali, di predisporre gli strumenti idonei per consentire ai soggetti danneggiati di ottenere un effettivo risarcimento²⁰.

Nell'ampio quadro del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato CE, operano i principi di equivalenza (o di non discriminazione) e di effettività, che integrano la c.d. "formula Rewe" (dalla pronuncia in cui per la prima volta tali principi sono stati enunciati), secondo cui le condizioni fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che regolano gli analoghi rimedi disponibili in ordine alle situazioni di diritto interno (principio di equivalenza), né comunque tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività)²¹. Passiamo di seguito a trattare singolarmente tali principi.

impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, par. 5, e causa 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, parr. 12-16; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, par. 25; 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio, Racc. pag. 3595, par. 14; 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, Bianco e Girard, Racc. pag. 1099, par. 12; 24 marzo 1988, causa 104/86, Commissione/Italia, Racc. pag. 1799, par. 7; 14 luglio 1988, cause riunite 123/87 e 330/87, Jeunehomme e EGI, Racc. pag. 4517, par. 17; 9 giugno 1992, causa C-96/91, Commissione/Spagna Racc. pag. I-3789, par. 12, e 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a., Racc. pag. I-5357, par. 43)".

²⁰ A tal proposito Fabio Ferraro ha sostenuto che l'applicazione dell'articolo 10 TCE non solo in tema di responsabilità risarcitoria degli stati membri, ma anche in numerosi campi del diritto processuale nazionale "dimostra che l'art. 10 rappresenta sempre più una disposizione chiave nel rapporto tra diritto comunitario e normativa nazionale e nell'evoluzione dell'integrazione europea, tanto da far dubitare che tale disposizione sia ancora sprovvista di efficacia diretta". Cit. da F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 106.

²¹ Sent. Factortame, par. 74: "Con questa riserva, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato dalla violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, fermo restando che le condizioni stabilite dalla normativa nazionale applicabile non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento". Sentenza della Corte del 22 aprile 1997. - The Queen contro Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton. - Causa C-66/95. Racc. 1997 pagina I-02163, par. 33: "Infine, risulta da una giurisprudenza divenuta costante a partire dalla sentenza Francovich e a., citata, parr. 41-43, che, con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario, ove ricorrano i tre presupposti dianzi richiamati, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato,

Il principio di equivalenza.

In virtù di tale principio, la disciplina in materia di risarcimento dei danni provocati dall'inadempimento dello Stato non può essere meno favorevole di quella che nel diritto statale in questione riguarda reclami analoghi di natura interna. Il limite della non discriminazione implica che le domande fondate sul diritto comunitario e proposte davanti alle giurisdizioni nazionali debbano ricevere lo stesso trattamento che quelle analoghe di carattere interno. L'interprete è pertanto chiamato a svolgere un complesso raffronto che si sviluppa in due fasi: il primo passaggio consiste nell'identificazione della "situazione comparabile" interna alla quale riferirsi, che deve essere seguita dalla verifica relativa all'idoneità dello strumento da utilizzare quale termine di comparazione, cui segue la fase di vero e proprio confronto fra rimedi processuali, in modo da valutare se l'azione di responsabilità per illecito comunitario offra garanzie quantomeno analoghe rispetto ad analoghi reclami di natura interna²². Spetta dunque in primo luogo al giudice nazionale determinare se, effettivamente, esiste un parallelismo fra il ricorso basato sul diritto comunitario e l'azione eventualmente prevista in diritto interno²³: si tratta,

fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle riguardanti reclami analoghi di natura interna né possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento". Tale giurisprudenza fu confermata in: Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Danila Bonifaci e a. e Wanda Berto e a. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Cause riunite C-94/95 e C-95/95. Racc. I-03969; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Federica Maso e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e Repubblica italiana. Causa C-373/95. Racc. I-04051. Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Causa C-261/95. Racc. I-04025. Le questioni giuridiche sollevate a seguito di tali pronunce sono state alla base di numerosi ricorsi interni, ed alla promozione, da parte dei giudici nazionali, di numerosi rinvii pregiudiziali. Per un'analisi del principio di effettività ed equivalenza applicati alla materia tributaria, v. S. MONZANI, M. GRANDINETTI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2008, (pp. 927 - 963), pp. 946-951.

²² Ultimamente, alla Corte è stato rivolto dal *Tribunal Supremo* spagnolo un quesito relativo all'equivalenza della figura dell'illecito comunitario imputabile alla funzione legislativa con la responsabilità del legislatore per illecito costituzionale. A tal proposito, v. la sezione dedicata alla questione, all'interno del capitolo relativo all'esperienza spagnola.

²³ A tal proposito, v. Sent. CGCE, 17 giugno 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) e ex parte Abbas Radiom (C-111/95). Cause riunite C-65/95 e C-111/95. Racc. I-03343. Per un riferimento

in definitiva, di un raffronto, di carattere oggettivo ed astratto, delle modalità procedurali dei rispettivi ricorsi²⁴. La Corte di giustizia, a tal proposito, ha stabilito una serie di requisiti in modo da facilitare l'operatività del principio di non discriminazione e, in tal senso, ha imposto ai tribunali nazionali, chiamati a pronunciarsi sulla sussistenza, a livello interno, di un'azione analoga a quella di applicazione dell'illecito comunitario, di tenere in conto due variabili: l'obiettivo perseguito dalla norma e le caratteristiche essenziali della disposizione in questione. La Corte ha precisato che il principio di equivalenza implica la necessità di raffrontare la disciplina del diritto dei singoli (fondato sul diritto comunitario) ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento dello Stato con quella interna relativa, in particolare, alla responsabilità aquiliana. Nel corso della trattazione vedremo come in giurisprudenza si siano poste diverse questioni relative alle disparità fra disciplina nazionale e regimi speciali comunitari, in relazione ai termini per l'esercizio dell'azione²⁵.

a tale sentenza, v. RODRÍGUEZ IGLESIAS e KEPPELNE, *L'incidence du droit communautaire sur le droit national* cit..

²⁴ Sent. CGCE, 16 maggio 2000, Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc. Causa C-78/98. Racc. I-03201. Par. 62. *“Ne consegue che i vari aspetti delle modalità procedurali non possono essere esaminati singolarmente, bensì devono essere collocati nel loro contesto generale. Inoltre, tale esame non può essere condotto in modo soggettivo in funzione di circostanze di fatto, dovendo invece fondarsi su un raffronto oggettivo ed astratto delle modalità procedurali di cui trattasi”*.

²⁵ A tal proposito, ricordiamo il problema sorto riguardo ai rapporti fra la disciplina degli artt. 2043 e ss. C.c. it. e quella contenuta nel d.lgs. 27 gennaio 1992 n° 80, il quale, nel dare attuazione (seppur tardiva) alla direttiva comunitaria del 20 ottobre 1980 sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha stabilito le modalità di risarcimento dei danni subiti a causa dell'Italia. Mentre l'art. 2947 cod. Civ. pone un termine di prescrizione quinquennale per il diritto al risarcimento del danno, il citato d.lgs. sottoponeva al termine di decadenza di un anno (a partire dalla sua entrata in vigore) l'esercizio del diritto al risarcimento dei danneggiati dalla tardiva attuazione della direttiva. Anche se in quel caso il principio dell'equivalenza era stato messo in forte dubbio, la Corte, nella sentenza Palmisani, non si è espressa sulla questione, adducendo di non disporre degli elementi necessari per operare un raffronto fra le due discipline: *“38 Quanto al regime di diritto comune della responsabilità extracontrattuale, si deve rilevare che, a differenza delle procedure esaminate ai parr. 34-37 della presente sentenza, esso è, quanto al suo oggetto, complessivamente analogo a quello istituito dall'art. 2, n° 7, del decreto legislativo in quanto tende a garantire il risarcimento di danni subiti a seguito del comportamento del loro autore. Tuttavia, al fine di verificare la comparabilità tra i due regimi di cui trattasi, occorre ancora esaminare gli elementi essenziali che caratterizzano il regime nazionale di riferimento. Al riguardo, la Corte non dispone di tutti gli elementi necessari per valutare più specificamente se un'azione di risarcimento danni intentata da un singolo ai sensi dell'art. 2043 del codice civile italiano possa essere diretta contro pubblici poteri per un'omissione o per un atto illecito loro eventualmente imputabile*

Il principio di effettività.

Tale principio, emanazione dell'effetto utile del diritto comunitario, più volte richiamato dalla Corte di giustizia, comporta che la legislazione nazionale non possa essere congegnata in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento²⁶. L'imposizione del principio dell'effettività, seppur non priva di margini di indeterminatezza, in quest'ambito appare particolarmente importante, perché un semplice rinvio alla disciplina nazionale potrebbe condurre ad una mancanza di tutela per il danneggiato²⁷. E' pertanto evidente il collegamento di tale principio con il diritto ad una protezione giurisdizionale effettiva, riconosciuto dalla Corte come principio generale del diritto comunitario²⁸. Del resto, l'imposizione di uno standard minimo può essere spiegata considerando le restrizioni che si rinvencono negli ordinamenti giuridici interni in materia di responsabilità extracontrattuale delle pubbliche autorità, le quali possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte dei singoli, del diritto al risarcimento, quale è garantito dal diritto

nell'esercizio della potestà d'imperio. Spetta pertanto al giudice proponente procedere a tale esame. 39 Nel caso in cui si constataste che il regime italiano di diritto comune in materia di responsabilità extracontrattuale non può servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio ed in cui il giudice a quo non potesse procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna, si dovrebbe concludere, tenuto conto di quanto precede, che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla recezione nel suo ordinamento giuridico interno".

²⁶ Sent. CGCE, 14 dicembre 1995. - Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga. - Causa C-312/93. Racc. I-04599: "Alla luce di detti principi, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento". Par. 14.

²⁷ A tal proposito, v. G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, (pp. 505 – 517), pag. 512.

²⁸ Si pensi, solo per porre l'esempio più evidente, ai casi di responsabilità dello Stato legislatore, che, come sappiamo, costituisce una figura non riconosciuta da diversi regimi nazionali, e riconosciuta in linea di principio, ma del tutto priva di un'applicazione pratica, in altri regimi.

comunitario, per danni risultanti dalla violazione di quest'ultimo²⁹. Simili restrizioni, nella misura in cui ostacolano l'assolvimento dell'obbligo dei giudici nazionali di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario garantendo un'effettiva tutela dei diritti dei singoli, devono pertanto essere disapplicate in ipotesi di violazione del diritto comunitario imputabili al legislatore nazionale³⁰. In altri termini, l'imposizione del principio dell'effettività comporta il necessario rispetto dei presupposti del diritto comunitario costituenti lo standard minimo che tutela il cittadino danneggiato riguardo alle condizioni per il diritto al risarcimento. In questo modo, l'autonomia processuale degli Stati membri, seppur intatta dal punto di vista formale, viene quantomeno indirizzata verso la realizzazione degli obiettivi comunitari.

In definitiva, un punto fermo è rappresentato dall'obbligo per gli Stati membri di garantire, nell'ambito della loro autonomia procedurale, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario. In questa prospettiva, è innegabile che la giurisprudenza comunitaria, al di là di mere dichiarazioni di principio, sia riuscita a definire alcuni principi e regole che incidono direttamente sulle discipline nazionali ed impongono, o comunque suggeriscono, un'attenta e profonda revisione delle norme processuali vigenti nei singoli Stati membri.

D'altra parte, il principio di tutela effettiva garantisce la possibilità di un controllo della Corte di giustizia sul suo rispetto da parte degli Stati membri³¹. A tal proposito, abbiamo più volte segnalato che il rapporto fra

²⁹ Ovviamente ci riferiamo ai tre presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia la cui sussistenza, una volta accertata dal giudice nazionale, dà senz'altro luogo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. A tal proposito, v. cap. 2.

³⁰ Cit. da FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati cit.*, pag. 1204.

³¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029: "108. Più in particolare, il limite del trattamento nazionale, da intendersi appunto nel senso che la tutela giurisdizionale deve essere almeno pari a quella predisposta per posizioni giuridiche analoghe create da norme interne, può talvolta rivelarsi assolutamente privo di utilità. Basti pensare proprio alle ipotesi qui rilevanti, in cui il diritto nazionale non prevede alcuna disciplina in materia, trattandosi di un rimedio non consentito nei sistemi giuridici nazionali di cui si tratta. Indubbiamente più rilevante ed incisivo, per le potenzialità in esso racchiuse, si rivela invece il limite consistente nella circostanza che il sistema nazionale non deve essere tale da rendere praticamente

Corte di giustizia e giudici nazionali si configura come rapporto di collaborazione piuttosto che di sovraordinazione. Tuttavia, la funzione della Corte va ben oltre l'imposizione di principi, e comprende la valutazione della condotta degli Stati e la pronuncia relativa alle condizioni del diritto al risarcimento, che può spingersi sino alla valutazione delle forme risarcitorie. Pertanto, nella sostanza, le sentenze di tale organo producono effetti ulteriori, rispetto alla semplice interpretazione del diritto comunitario, e finiscono per condizionare sensibilmente le decisioni dei giudici nazionali³².

La Corte, tuttavia, in alcuni casi si è pronunciata nel senso di sacrificare il principio di effettività ai fini di garantire altri interessi. A tal proposito, ricordiamo che la Corte ha ritenuto compatibile con il principio della tutela effettiva che la disciplina interna tenga conto della esigenza di garantire la certezza del diritto³³. Di conseguenza ha ammesso, sotto questo profilo, la possibilità che siano stabiliti termini di decadenza molto brevi per

impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare in forza del diritto comunitario. Da tale principio derivano infatti almeno due conseguenze: la prima è che la tutela giurisdizionale, quando si tratti di diritti vantati dal singolo in forza del diritto comunitario, deve raggiungere comunque un livello di adeguatezza; la seconda è che la verifica di tale livello compete alla Corte (113). Se è vero dunque che spetta agli Stati membri assicurare la corretta attuazione del diritto comunitario, anche sotto il profilo della tutela risarcitoria, la Corte si riserva così di verificare il livello di adeguatezza della tutela apprestata dagli ordinamenti giuridici nazionali”.

³² A tal proposito ricordiamo che nella Sentenza *Brasserie du Pêcheur* la Corte ha dichiarato inapplicabile una condizione, presente nel diritto tedesco, che subordinava il risarcimento del danno al fatto che la condotta del legislatore riguardasse una situazione individuale, poiché essa avrebbe reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento effettivo dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario. (Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 71). Sui seguiti giudiziari interni della sentenza *Brasserie du Pêcheur* si veda la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 24 ottobre 1996, in *Europarecht*, 1997, pag. 291 e ss. Nella stessa sentenza *Brasserie du Pêcheur*/Factortame, il giudice comunitario ha escluso che il giudice nazionale potesse applicare la condizione, posta dal diritto inglese, secondo la quale il danneggiato doveva fornire la prova che la pubblica autorità avesse compiuto un abuso di potere nell'esercizio di una pubblica funzione (*misfeasance in public office*); si sarebbe trattato, infatti, di un abuso inconcepibile in riferimento al legislatore, e anche tale condizione avrebbe reso praticamente impossibile il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario, ove tale violazione fosse imputabile al legislatore nazionale. Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 73. Sui seguiti giudiziari della sentenza sulla controversia *Factortame*, v. Sentenza della *House of Lords* del 28 ottobre 1999, in *Common Market Law Reports*, 1999, pag. 597 e ss.

³³ Per un approfondimento sul tema del rapporto fra principio di certezza del diritto e i principi di effettività ed equivalenza, v. E. SINA, *Certezza e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2008, (pp. 907-912).

l'esercizio del diritto al risarcimento³⁴. D'altra parte, ha negato che gli effetti della sentenza relativa all'affare *Brasserie du Pêcheur/Factortame* potessero essere limitati ai soli danni sopravvenuti alla sentenza stessa³⁵.

³⁴ La Corte si è pronunciata in tal modo a proposito del termine annuale previsto, in Italia, dal d. Lgs. n° 80 del 1992. Sentenza *Palmisani*, 28-29. "28. *Per quanto riguarda la compatibilità di una condizione relativa ai termini come quella prevista dal decreto legislativo con il principio dell'effettività del diritto comunitario, si deve constatare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, a tale esigenza in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., in particolare, sentenza *Rewe*, citata, par. 5).* 29 *Inoltre, il termine di un anno a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno, il quale non solo mette i beneficiari in condizione di conoscere appieno i loro diritti, ma precisa altresì le condizioni di indennizzo del danno subito a seguito della tardiva attuazione, non può ritenersi rendere particolarmente difficile né, a fortiori, praticamente impossibile la proposizione dell'azione di risarcimento danni*". La questione relativa alla difformità nei termini di prescrizione e decadenza per l'esercizio dell'azione verrà affrontata nel corso del capitolo.

³⁵ Sentenza *Brasserie du Pêcheur* cit., parr. 98 – 100: "98. *Nell'ipotesi in cui il giudice nazionale pervenga a constatare che i presupposti per il sorgere delle responsabilità della Repubblica federale di Germania sono soddisfatti nel caso di specie, si deve ricordare che è nell'ambito delle norme nazionali relative alla responsabilità che incomberebbe allo Stato la riparazione delle conseguenze del danno arrecato. Nell'ambito delle condizioni di sostanza e di forma prescritte dalle varie normative nazionali in materia di risarcimento dei danni può tenersi conto della necessità di rispettare il principio della certezza del diritto.* 99 *Va tuttavia ricordato che tali condizioni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenza *Francovich e a., citata, par. 43).* 100 *Ciò posto, non vi è motivo per limitare gli effetti nel tempo della presente sentenza*".*

Applicazioni del principio di effettività. La qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto interno e nel diritto comunitario.

Le applicazioni concrete del principio di effettività sono molteplici. Oltre a quelle segnalate nel corso del capitolo, possiamo ricordare, ad esempio, l'incompatibilità con il principio dell'esclusione, nell'individuazione del danno risarcibile, del lucro cessante o di altre forme di risarcimento, considerato che per talune controversie una tale esclusione potrebbe rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno³⁶. Altre applicazioni di tale principio verranno segnalate al momento di trattare più da vicino le soluzioni applicative dell'illecito comunitario³⁷. Prima, però, intendiamo dedicare un breve passaggio alla questione della qualificazione delle posizioni giuridiche, ovvero alla possibilità che la risarcibilità delle posizioni giuridiche fondate sul diritto comunitario sia influenzata dalla loro "traduzione" nelle categorie giuridiche interne. Ci riferiamo alle difficoltà di coordinamento fra tassonomie ineguali a livello comunitario e in diritto interno, che possono derivare da una spregiudicata applicazione dell'autonomia processuale. A tal proposito, ricordiamo che la Corte di giustizia ha in un primo tempo sostenuto che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a garantire la tutela dei "diritti" scaturenti dall'ordinamento comunitario e, a tale effetto, decidere come debba qualificarsi la posizione individuale tutelata (fermo restando che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di tali diritti)³⁸. La questione di fondo attiene al

³⁶ Sentenza *Brasserie du Pêcheur* cit., par. 87: "si deve rilevare che l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario. Invero, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno".

³⁷ Si pensi, ad esempio, al principio di effettività come parametro di misurazione della compatibilità con il diritto comunitario dei termini di prescrizione dell'esercizio dell'azione e, più in generale, alle procedure previste in seno agli ordinamenti nazionali.

³⁸ Sent. CGCE, 19 dicembre 1968, S.p.A. Salgoil c. Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana. Causa C-13-68, Racc., edizione italiana pagina 00602. "Entro i limiti in cui le disposizioni di cui trattasi attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono salvaguardare, questi ultimi devono garantire la tutela di detti diritti, restando inteso che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno stato membro il

concetto espresso con il termine “diritto” così come utilizzato a livello comunitario. Infatti, tale concetto non coincide con quello di “diritto soggettivo” così come inteso a livello nazionale e, d'altra parte, il diritto comunitario non ha mai conosciuto la figura dell'interesse legittimo. Questo dato ha condotto, secondo una malintesa interpretazione del principio dell'autonomia processuale, a riconoscere agli Stati una facoltà di inquadramento in chiave nazionale di tali posizioni giuridiche, ai fini dell'individuazione dei corrispondenti mezzi interni di tutela³⁹. Questa sorta di “rilettura” poteva condizionare in modo significativo la portata della protezione accordata al “diritto” di origine comunitaria, e quindi tale operazione risultava in aperto contrasto con il principio di effettività. Tale situazione si è verificata in maniera evidente in Italia, in cui la giurisprudenza ha tradizionalmente sostenuto la necessità di inquadrare le posizioni giuridiche determinate da norme comunitarie nelle categorie del diritto interno e di ricollegare alle prime la tutela riconosciuta alle seconde⁴⁰. Ciò significava che, in presenza di controversie relative a posizioni giuridiche comunitarie, l'individuazione dei meccanismi giurisdizionali di garanzia ad esse relativi dovesse passare, in primo luogo, attraverso la determinazione del giudice competente e che, a tal fine, il problema del riparto della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo) andasse risolto secondo i principi propri dell'ordinamento interno. In definitiva, la situazione giuridica che si presumeva lesa doveva, in primo luogo, essere inquadrata nelle categorie del diritto soggettivo ovvero dell'interesse legittimo, così come definito in diritto italiano⁴¹.

designare la giurisdizione competente e, a tale effetto, il qualificare detti diritti in base ai criteri del diritto nazionale”.

³⁹ In altri termini, secondo questo orientamento, anche in relazione alle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria era possibile ragionare in termini di diritto interno, e quindi applicare la disciplina a seconda del loro inquadramento nelle categorie giuridiche nazionali.

⁴⁰ Tale situazione è approfondita in F. ZAMPINI, *Responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire: l'exemple de l'Italie*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 4, 1997, (pp. 1039 – 1055), pp. 1042 – 1050.

⁴¹ A tal proposito è appena il caso di ricordare che fino alla fondamentale sentenza della Cassazione 500/1999, secondo consolidata giurisprudenza della suprema Corte, era esclusa la possibilità di accordare tutela risarcitoria agli interessi legittimi. A tal proposito, ricordiamo che la Corte di Cassazione, prima della sentenza del 1999, era costante nell'escludere l'ammissibilità della tutela risarcitoria a fronte di un danno derivante dalla

Comunque, rispetto agli originari orientamenti, grazie a innovativi indirizzi giurisprudenziali (fra cui spicca, ovviamente, la sentenza Francovich), si sono determinati dei ripensamenti a livello sia nazionale sia comunitario. Per quanto riguarda le esperienze nazionali, rimandiamo ai prossimi capitoli; a livello comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha condotto a un ridimensionamento del principio dell'autonomia degli Stati, in nome di una più ampia garanzia dell'effettività dei diritti e delle tutele. Il giudice comunitario, pertanto, pur non esprimendosi sulla struttura e sulla funzione dell'interesse legittimo, ma preoccupato dell'ineffettività delle forme di tutela, ha affermato espressamente che la situazione giuridica soggettiva protetta nell'ordinamento comunitario come "diritto" deve essere qualificata secondo l'ordinamento interno dalle autorità nazionali competenti. Tuttavia, la tutela assicurata nell'ambito del diritto interno è obbligatoriamente soggetta ai principi generali del diritto comunitario di analogia e di effettività della tutela giurisdizionale⁴². Tale protezione, cioè, a prescindere dalla qualificazione formale di diritto interno, deve assicurare un grado di efficacia per lo meno equivalente ad una analoga protezione ottenibile mediante adeguata azione giurisdizionale nell'ambito del diritto comunitario, e deve essere effettiva, e cioè reale (non praticamente impossibile), celere e completa⁴³.

Ormai è del tutto pacifico, quanto meno a livello di principio, che il coordinamento fra situazione giuridica comunitaria e sua tutela interna non

violazione di un interesse legittimo. La stessa Suprema Corte ha sottolineato l'influenza delle direttive comunitarie nella storica sentenza resa a sezioni unite il 22 luglio 1999, n° 500 SU, nella quale ha riconosciuto la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi da parte dell'attività illegittima della pubblica amministrazione, così rompendo con il costante indirizzo contrario sostenuto da una giurisprudenza finora tanto consolidata da essere definita "monolitica" o "pietrificata". A tal proposito ricordiamo le seguenti sentenze, rese a sezioni unite: Cass. SS.UU., 14 marzo 1977, n° 1009, in Giur. It. 1977, I, 1, c. 812 s.; Cass. SS.UU., 17 marzo 1977, n° 1060, in Foro It. 1977, I, 1, c. 808 s.; Cass. SS.UU., 26 aprile 1977, n° 1561, in Foro It. 1977, I, c. 1691; Cass. SS.UU., 4 agosto 1977, n° 3458, in Foro It. 1977, I, c. 139; Cass. SS.UU., 18 giugno 1981, n° 3967, in Giust. Civ. 1981, I, pag. 2217 ss.; 2 Cass. SS.UU., 26 agosto 1991, n° 9129, in Mass. Foro It. 1991, c. 820 s.; Cass. SS.UU., 10 agosto 1996, n° 7410, in Giur. It. 1997, I, 1, c. 606 ss.

⁴² A tal proposito, v. Sent. CGCE del 17 settembre 1997, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contro Bundesbaugesellschaft Berlin mbH. C-54/96, Racc. I-04961.

⁴³ Cit. da D. D'ORSOGNA, *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo*, in E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, (pp. 623 - 675), pp. 638 - 639.

può avvenire in modo tale che la seconda snaturi la prima: la qualificazione dei diritti comunitari secondo le categorie nazionali, nella misura in cui sia necessaria allo scopo di individuare il giudice competente, deve avvenire con modalità che tengano conto dei loro profili giuridici essenziali, tra cui rientra quello della risarcibilità⁴⁴. In altri termini, la risarcibilità dei danni da inadempimenti di obblighi comunitari è del tutto sganciata dalla precisa natura giuridica della posizione giuridica lesa⁴⁵. Tale obiettivo è stato raggiunto anche grazie all'azione del legislatore comunitario che già da alcuni decenni ha introdotto, seppur in ambiti specifici, il principio della risarcibilità di posizioni giuridiche soggettive qualificabili, secondo le categorie giuridiche proprie del diritto italiano, come interessi legittimi⁴⁶. La questione sembra, pertanto, ormai del tutto superata, poiché l'applicazione dei criteri comunitari sarà vincolante per il giudice nazionale anche in caso di lesione di interessi legittimi di derivazione comunitaria, e, inoltre, in tale ipotesi non si devono nemmeno applicare i più restrittivi criteri imposti dalla Corte di Cassazione nella nota sent. n. 500/1999 che ha introdotto il requisito psicologico della colpa⁴⁷.

⁴⁴ Cit. da FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati cit.*, pag. 1206.

⁴⁵ Cit. da VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati cit.*, pag. 277.

⁴⁶ Si pensi, in primo luogo, alla direttiva n. 89/655/CEE del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavoro (estesa agli appalti pubblici dei servizi in virtù dell'art. 41 della direttiva n° 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dei servizi), e alla direttiva 92/13/CEE del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto nei settori della fornitura di acqua, di energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

⁴⁷ Tale segnalazione è tratta da PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1) cit.*, pag. 409. L'autrice appunta, inoltre, che non potrà non esserci una "riconversione adeguatrice" nel giudizio di responsabilità amministrativa, in cui il criterio di imputazione per dolo o colpa grave opera nel senso di limitare al massimo la quota di "rischio e danno" trasferibile dall'amministrazione al funzionario.

Gli elementi della fattispecie regolati in diritto interno.

Gli organi giurisdizionali competenti a giudicare.

Il diritto comunitario lascia al livello nazionale la materia processuale che, come sappiamo, può ostacolare sensibilmente l'uniformità applicativa dell'illecito comunitario. In primo luogo spetta agli ordinamenti nazionali, seppur vincolati dal principio di tutela effettiva dei diritti soggettivi derivanti dall'ordinamento comunitario, la designazione del giudice nazionale competente a proposito dell'azione di responsabilità extracontrattuale per illecito. A tal proposito, secondo giurisprudenza comunitaria costante, fermo restando che gli Stati membri devono assicurare, in ogni caso, una tutela effettiva dei diritti soggettivi derivati dall'ordinamento giuridico comunitario, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario⁴⁸. Spetterà quindi all'ordinamento nazionale la determinazione della corte competente; tale rilievo presenta numerosi profili di criticità quando, nel silenzio della legge, si debba individuare il giudice competente per via interpretativa, soprattutto nel caso in cui l'illecito sia attribuibile al potere legislativo o a quello giudiziario⁴⁹. È

⁴⁸ Sentenza Köbler, parr. 45-46-47. A tal proposito, la Corte ha richiamato le *sentenze* 16 dicembre 1976, *causa* 33/76, *Rewe*, *Racc. pag.* 1989, *par.* 5; 45/76, *Comet*, *Racc. pag.* 2043, *par.* 13; 27 febbraio 1980, *causa* 68/79, *Just*, *Racc. pag.* 501, *par.* 25, *Francovich e a. cit.*, *par.* 42, e 14 dicembre 1995, *causa* C-312/93, *Peterbroeck*, *Racc. pag.* I-4599, *par.* 12; *sentenze* 18 gennaio 1996, *causa* C-446/93, *SEIM*, *Racc. pag.* I-73, *par.* 32, e *Dorsch Consult cit.*, *par.* 40.

⁴⁹ Marie-Pierre Granger a tal proposito ricorda che in Austria erano in vigore due disposizioni per stabilire quale tribunale fosse competente a proposito di illecito comunitario, l'art. 23 (responsabilità dello Stato) e l'art. 137 (azioni pecuniarie) della Costituzione austriaca. Per un certo periodo, si pensava che sia la Corte Suprema sia la Corte Costituzionale avessero entrambe giurisdizione sull'illecito comunitario commesso dal potere legislativo ed esecutivo. La questione fu risolta nel 2001 dalla Corte Costituzionale Austriaca, che stabilì la competenza dei giudici ordinari quando il danno deriva dall'attività del potere esecutivo, o nei casi in cui si applica il diritto privato. Viceversa, nel caso di illecito comunitario riferibile al potere legislativo, la giurisdizione spetta alla Corte Costituzionale (Austria, *Verfassungsgerichtshof*, A 23/00, March 6, 2001).

appena il caso di segnalare che l'eccessività difficoltà, per non dire l'impossibilità, di individuare il giudice competente, costituirebbe, di per sé, una violazione degli obblighi comunitari⁵⁰. Comunque, è sempre la disciplina nazionale che stabilisce quali giudici siano in concreto competenti, a seconda del soggetto cui sia imputata la violazione del diritto comunitario: spetta, pertanto, agli ordinamenti nazionali stabilire se competenti a giudicare di tali azioni siano corti specializzate, oppure se le azioni debbano essere promosse davanti ai tribunali ordinari o amministrativi. Analogamente, i rispettivi diritti interni devono disciplinare i casi, niente affatto infrequenti, in cui in un unico ricorso l'azione di risarcimento dei danni si affianchi, in via alternativa o cumulativa, a quella di tutela sostanziale⁵¹. A tal proposito bisogna ricorrere, evidentemente, alle procedure, previste all'interno dei singoli ordinamenti, volte a risolvere i conflitti di competenza; tali regimi devono essere applicati anche in relazione alle situazioni di derivazione comunitaria, nella misura in cui non violino i principi di effettività e leale collaborazione⁵².

Un tema correlato alla competenza a proposito dell'azione di responsabilità collegata all'illecito comunitario attiene alla possibilità, per il soggetto danneggiato, di promuovere un'azione per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici di un altro Stato membro nel caso in cui tali danni si siano verificati in quest'ultimo paese. Si tratta di una questione affrontata in modo non del tutto soddisfacente dalla Corte di giustizia⁵³.

J.B.I. 441, summary in English in 2001 Euro. C.L. 27, confirmed in Verfassungsgerichtshof, A11/01, October 7, 2003 Ecolex 957, reported in 2004 2 Euro. C.L. 92). Nel 2003 la Corte Costituzionale ha anche assunto la competenza sulle azioni per danni derivanti da attività giurisdizionale. V. M.P. GRANGER, *Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, in *European Law Review*, 32, 2, 2007, (pp. 157 - 192), pag. 183.

⁵⁰ A tal proposito, rinviamo alla sentenza Köbler, in cui la Corte ha affermato che spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere il principio della responsabilità dello Stato mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato, e che l'attuazione del detto principio non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente.

⁵¹ V., ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso Europa 7, cui faremo riferimento nel capitolo dedicato all'esperienza italiana.

⁵² A tal proposito, sottolineiamo che le questioni di giurisdizione possono porre in serio pericolo l'effettiva applicazione dell'illecito comunitario, nei casi, per esempio, in cui l'azione sia stata promossa davanti ad una corte incompetente, soprattutto nell'ottica della scadenza dei termini di prescrizione o decadenza dell'azione.

⁵³ Un caso di questo genere è stato giudicato di recente dalla Corte di giustizia: Sent. CGCE, 15 febbraio 2007, causa C-292/05, Irini Lechoritou, B. Karjoulis, G. Pavlopoulos, P. Bratsikas, D. Satiropoulos e G. Dimopoulos contro Repubblica federale di Germania, in Racc. I-1519.

Alla possibilità di esperire un'azione risarcitoria nei confronti di uno Stato membro dinanzi alla giurisdizione di un altro stato membro vengono opposte obiezioni sia teoriche che pratiche. In primo luogo, viene richiamato il tradizionale principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati. Più propriamente, si fa riferimento al principio dell'immunità relativa, secondo cui uno Stato non può essere convenuto in un foro diverso dal proprio per atti compiuti nell'esercizio della sua sovranità. Ciò detto, se la questione viene esaminata nell'ottica del diritto comunitario, non c'è dubbio che "una volta accettato il principio – tutt'altro che scontato – per cui uno Stato membro può essere chiamato in giudizio da un privato per rispondere delle conseguenze di un fatto illecito ai sensi del diritto comunitario, non si vede per quale motivo la medesima soluzione debba essere esclusa per il solo motivo che lo Stato membro viene convenuto dinanzi ad un giudice di un altro Stato membro, a prescindere dal fatto che si tratti di atti *de iure imperi* o *iure gestionis*"⁵⁴. A tal proposito è indubbio che la giurisprudenza comunitaria possa svolgere il compito di propulsione dell'integrazione europea, in modo tale da consentire di convenire in giudizio uno Stato membro dell'Unione Europea dinanzi al giudice di un altro Stato.

Inoltre, i diritti nazionali stabiliscono se, per promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministrazione, il cittadino danneggiato debba aver in primo luogo esperito un ricorso amministrativo al ministro competente, e che questi abbia dato una risposta negativa (esplicita o implicita). Come vedremo nei prossimi capitoli, tale procedura, pur non essendo in contrasto con il diritto comunitario, comporta una grave disparità fra i cittadini europei, in relazione alla gravosità dei rimedi in termini sia economici che temporali.

⁵⁴ Cit. da FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario* cit., pag. 115.

La determinazione del soggetto passivo.

Come sappiamo, uno dei principali aspetti delegati agli ordinamenti nazionali è quello relativo ai soggetti cui può essere imputata la violazione, e, pertanto, a quegli enti che possono essere soggetti passivi dell'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario. A tal proposito, le forme di riparto delle competenze da un lato e della responsabilità dall'altro, sono totalmente delegate al diritto interno, che trova il suo unico limite nel ben noto principio di effettività⁵⁵. Spesso non è facile determinare quale soggetto pubblico debba essere perseguito per la violazione del diritto comunitario, o, in altri termini, quale sia il soggetto passivo dell'azione di responsabilità. Particolari profili problematici può presentare l'individuazione del soggetto passivo dell'azione per il risarcimento del danno causato da attività legislativa. Senza voler anticipare le conclusioni, segnaliamo che le giurisdizioni nazionali sono piuttosto restie ad imputare l'illecito direttamente al legislatore, sia per le note difficoltà di teoria generale, sia perché da un punto di vista rimediabile, nel silenzio della legge, la determinazione del soggetto passivo della responsabilità per attività legislativa è ancora oggetto di acceso dibattito⁵⁶. Le difficoltà aumentano nei casi di articolazione politica interna, perché il soggetto danneggiato sarà chiamato ad agire nei confronti dell'organo, statale, regionale, ecc. che reputa responsabile della violazione, il che appare particolarmente delicato quando si tratta di un comportamento omissivo, tenuto conto del carattere complesso del sistema di riparto di competenze fra stato centrale ed enti territoriali⁵⁷. A tal proposito, sarebbe forse preferibile che il soggetto danneggiato in conseguenza di una violazione di un diritto comunitario si rivolgesse sempre agli organi nazionali, soli responsabili secondo il diritto internazionale, che, a loro volta, se condannati a risarcire il danno, potrebbero agire in via di regresso contro gli enti autori della violazione. Comunque, la questione

⁵⁵ Sent. Könle, par. 33 e ss.; sentenza Salomone Haim, parr. 30-32; sentenza AGM – COS.MET/Repubblica Finlandese, par. 147 e ss.

⁵⁶ A tal proposito, i casi di Francia e Italia sono emblematici.

⁵⁷ Il tema è particolarmente approfondito in Spagna.

resta aperta, perché, secondo un principio generale, non ci dovrebbe essere differenza fra il soggetto responsabile dell'illecito e il soggetto chiamato al risarcimento del danno. Questa conclusione appare logica se si considera che uno degli obiettivi della giurisprudenza Francovich consiste nell'indurre i pubblici poteri ad adempiere diligentemente gli obblighi derivanti dal trattato CE, sapendo che, in caso contrario, la trasgressione non rimarrebbe impunita. Pertanto, la funzione deterrente dell'istituto imporrebbe l'identificazione del soggetto pubblico responsabile con il soggetto passivo dell'azione di responsabilità. D'altra parte, questo comporterebbe che il soggetto danneggiato dovrebbe individuare con precisione il soggetto cui sia imputabile la violazione, il che, come noto, è operazione alquanto difficile soprattutto in caso di violazione derivante da comportamento omissivo. Il soggetto danneggiato potrebbe veder così rigettata la propria domanda per non aver correttamente individuato il soggetto responsabile della trasgressione: *"as a consequence, the imposition on individuals of the obligation to examine the complex arrangements of their domestic legal system in order to exercise their right to receive compensation under Community law could impair the fulfilment of the other function of Francovich, the restorative one (i.e. effective judicial protection). In this it is necessary that a hierarchy is established between the two functions of Francovich"*⁵⁸. A tal proposito, la Corte di giustizia si è espressa nel senso che la priorità deve essere data alla funzione compensativa, e quindi alla tutela giudiziale effettiva⁵⁹. Per cui, secondo la Corte, nel momento in cui le posizioni giuridiche di origine comunitaria trovino tutela da parte delle corti nazionali, poco importa quale soggetto sia effettivamente condannato al risarcimento del danno: *"In other words, it does not matter who pays, as long as someone pays..."*⁶⁰.

⁵⁸ Cit. da P. NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 33, 1, 2008, (pp. 23 - 43), pag. 33.

⁵⁹ Sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Kölle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. Racc. I-03099, par. 62 e 63; Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123, par. 30.

⁶⁰ Cit. da NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, cit., pag. 34. Posizione rafforzata da Haim, 28; v. anche T. TRIDIMAS, *Liability for breach of community law: growing up and mellowing down?*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS e J. BELL, *Tort Liability of Public Authorities in Comparative*

Ciò detto, anche se il principio di effettività imporrebbe quest'ultima soluzione, non è affatto infrequente che azioni di questo tipo vengano rigettate dai giudici nazionali per errore nella determinazione del soggetto passivo⁶¹. Ancora una volta, si rileva una sensibile divaricazione fra quanto stabilito dalla Corte di giustizia e le soluzioni effettivamente adottate dai giudici nazionali.

La determinazione dell'elemento soggettivo.

Dopo un lungo dibattito dottrinale a proposito del carattere oggettivo della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, ormai sembra affermarsi l'opinione secondo cui si tratta di un regime di carattere orientato all'oggettivizzazione. Per meglio dire, in diritto comunitario, la colpa è definita oggettivamente, nel senso che si fonda sulla violazione di un obbligo preesistente, indipendente dal carattere intenzionale dell'inadempimento, ed è valutata *in concreto*. A tal proposito, come abbiamo visto nel capitolo precedente, la Corte di giustizia non si è mai pronunciata esplicitamente e, quindi, il dibattito dottrinale non si è mai del tutto placato. Da un lato, è probabile che la posizione apertamente garantista della Corte nei confronti dei diritti dei cittadini europei faccia propendere per un regime di carattere oggettivo, ma, d'altra parte, il desiderio di rispettare i regimi nazionali di responsabilità, che sono prevalentemente di carattere soggettivo, lascia un certo margine per ritenere che il tragitto verso una oggettivizzazione sempre maggiore dei regimi di responsabilità non sia ancora del tutto concluso. In ogni caso, i principi di equivalenza e di effettività implicano che gli ordinamenti nazionali non possano tutelare le posizioni di derivazione comunitaria in

Perspective, British Institute of International and Comparative Law, London, 2002, (pp. 149-181).

⁶¹ Nel 2000 la Corte Suprema austriaca rigettò un'azione nei confronti dello Stato, perché l'azione avrebbe dovuto essere esercitata nei confronti della provincia responsabile della violazione. Oberster Gerichtshof, June 10, 2000, 1 Ob 12/00 x. Nel 2004 il Tribunale di Catania dichiarò un'azione inammissibile perché l'azione era diretta allo Stato nel nome del Presidente del Consiglio e non contro il Ministro dell'Educazione. Tribunale di Catania, Sezione I, Feb. 28, 2004 Dambone [2004] 1 Il Foro It., Col. 2521.

modo meno favorevole rispetto ad analoghe situazioni di derivazione interna, né possano impedirne o renderne particolarmente difficile l'applicazione. Abbiamo appena visto che l'elemento soggettivo non è rilevante nemmeno nel caso in cui la posizione giuridica di derivazione comunitaria rientri nella categoria, presente pressoché solo nell'ordinamento italiano, di interesse legittimo, poiché è ormai assodato che tali classificazioni interne non possano influire in alcun modo nell'applicazione dell'illecito comunitario. Il problema, se mai, consiste nel fatto che i giudici nazionali devono verificare la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, di cui l'elemento soggettivo è uno dei componenti⁶².

Comunque, come vedremo, non è infrequente trovare nelle sentenze dei giudici nazionali ampie sezioni dedicate all'elemento soggettivo, anche se, in definitiva, tale elemento è tutt'al più rilevante poiché può influire indirettamente sulla quantificazione del danno, nella misura in cui, per esempio, incide sul grado di prevedibilità da parte del soggetto danneggiato. Oppure, la valutazione dell'elemento soggettivo può essere rilevante per decidere quale organo debba essere condannato al risarcimento del danno, nel caso in cui il soggetto danneggiato abbia agito contro più di un soggetto pubblico⁶³.

⁶² Sent. Brasserie, par. 79: *"l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario"*.

⁶³ Per un esempio, cfr. la sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso Europa 7.

I termini di decadenza e di prescrizione. Il problema del *dies a quo*.

La fissazione dei termini di decadenza e di prescrizione dell'esercizio dell'azione rientra, di principio, nella sfera di autonomia degli Stati membri. Tuttavia, il giudice comunitario, interrogato ex art. 234 TCE, ha avuto modo di pronunciarsi circa la compatibilità di singole disposizioni nazionali con i principi di effettività. Si pensi alla già richiamata pronuncia Palmisani, in cui la Corte si pronunciò in relazione alla compatibilità con il diritto comunitario del termine annuale, imposto in diritto italiano. La corte, a tal proposito, invocò il principio di certezza del diritto ma, d'altra parte, stabilì il principio di equivalenza con le condizioni relative a reclami analoghi disciplinati dal diritto interno⁶⁴. Secondo l'orientamento della Corte, quindi, il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla trasposizione nel suo ordinamento giuridico interno, purché tale modalità procedurale non sia meno favorevole di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna⁶⁵.

Il principio di effettività è stato ancor più sviluppato in alcune sentenze che, pur concernendo l'effetto delle direttive, contengono alcune indicazioni che possono applicarsi in materia di illecito comunitario. Nell'ipotesi di mancato o non corretto recepimento di una direttiva comunitaria, l'esperibilità da parte del soggetto danneggiato di un'azione fondata sul diritto comunitario risulta fortemente condizionata anche dal

⁶⁴ Nel caso di specie, la Corte conclude affermando che: *"Nel caso in cui si constataste che il regime italiano di diritto comune in materia di responsabilità extracontrattuale non può servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio ed in cui il giudice a quo non potesse procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna, si dovrebbe concludere, tenuto conto di quanto precede, che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla recezione nel suo ordinamento giuridico interno"* (Sent. Palmisani, par. 39).

⁶⁵ Sent. Palmisani, par. 40.

momento in cui esso decorre. Come noto, in mancanza di una disciplina dettata a livello comunitario, il regime di prescrizione dell'azione è regolato dagli ordinamenti nazionali, che trovano come unico limite i principi di equivalenza ed effettività⁶⁶. Ovviamente tale aspetto è delegato ai singoli ordinamenti nazionali che anche a tal proposito presentano sensibili discrepanze⁶⁷. Ciononostante, si tratta di un tema particolarmente problematico che può ledere in modo sensibile i principi di diritto comunitario. Come noto, tradizionalmente convivono diversi orientamenti: secondo un primo indirizzo, il termine inizia a decorrere dal momento in cui, a seguito di una violazione del diritto comunitario, il danno viene determinato dal fatto di un terzo, mentre, secondo una diversa prospettiva, il decorso inizia nel momento in cui il danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dagli interessati.

Nella sentenza Emmott la Corte ha stabilito che, fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento⁶⁸. Ciò significa che la decadenza non può

⁶⁶ A proposito del contenuto di tali principi, v. nota 5. Per una disamina di tale questione, v., fra gli altri, PRECHAL, *Directives in EC law cit.*, pp. 152 – 156.

⁶⁷ In estrema approssimazione, possiamo affermare che il decorso coincide con il momento di produzione del danno nel Regno Unito, in Irlanda, in Belgio e nei Paesi Bassi. In Germania e in Danimarca coincide con la data a partire dalla quale il danno avrebbe dovuto essere conosciuto dal danneggiato. In Italia la Corte di Cassazione ha da alcuni decenni introdotto un orientamento che soppianta lo schema codicistico (art. 2947 c.c.), poiché individua il *dies a quo* nel momento in cui il danneggiato ha reale e concreta percezione del danno, ovvero quando “la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato, con effetti esteriorizzati e conoscibili” (Cass. 19 agosto 1983, n° 5412, in Foro it., 1984, I, 500), e non quello, eventualmente diverso, in cui è stato posto in essere l'atto illecito. Quindi, “la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui l'evento dannoso si è rivelato in tutte le sue componenti. Una volta che il danno si sia manifestato spetta però alla vittima attivarsi al fine di accertare l'illiceità del danno stesso e di individuare l'autore dell'illecito, nel senso che il tempo decorre contro di lei affinché essa non rimanga in una situazione di inerzia”. Cit. da MONATERI, *La responsabilità civile cit.*, pag. 374. In ogni caso, ricordiamo che un termine di prescrizione più corto non coincide necessariamente con una minore garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti danneggiati, poiché, così come affermato dalla Corte di giustizia, il rispetto dell'effettività del diritto comunitario deve essere svolto rispetto alla tutela giuridica assicurata dalla disciplina processuale nazionale nel suo complesso.

⁶⁸ Sent. CGCE, 25 luglio 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General. Causa C-208/90. Racc. I-04269. La sentenza trae origine da una controversia

estendersi fino a privare totalmente la parte ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto vantato in forza di una norma comunitaria non recepita nell'ordinamento nazionale per causa imputabile allo Stato membro⁶⁹. In questo modo, la Corte ha affermato che il corretto recepimento della direttiva, ovvero un fatto di rilievo essenzialmente pubblico, incide anche sul decorso dei termini di un'azione di diritto privato, quale quella di cui ci stiamo occupando. Tale sentenza, che denota un atteggiamento particolarmente garantista nei confronti dei soggetti danneggiati, lungi dall'aprire una fase di progressivo ampliamento delle tutele dei diritti dei singoli, è rimasta un caso isolato, poiché la Corte, spinta probabilmente da considerazioni di opportunità⁷⁰, ha in un secondo tempo affermato che quanto ivi stabilito era giustificato dalle circostanze

fra una cittadina irlandese e il *Minister for Social Welfare* (e l'*Attorney General*) d'Irlanda, a proposito del supplemento di prestazioni sociali reclamato dall'interessata sulla base dell'art. 4, n° 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, non correttamente recepita. A tal proposito la Corte ha stabilito che *"Il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n° 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno"*. A tal proposito, ricordiamo incidentalmente che, secondo quanto stabilito dalla Corte, lo Stato non può far valere la tardività dei termini di ricorso poiché, finché la direttiva non sia correttamente recepita, i singoli non sono tenuti ad avere conoscenza piena delle disposizioni in essa contenute. Infatti, a differenza del diritto nazionale, il diritto comunitario non opera alcuna presunzione di conoscenza da parte dei cittadini. Par. 23. La Corte trae le conclusioni di tale affermazione al par. 24 in cui afferma: *"24 Occorre quindi risolvere la questione pregiudiziale nel senso che il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo, dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n° 1, della direttiva 79/7, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno"*.

⁶⁹ V. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 118.

⁷⁰ Ci riferiamo al fatto che un'applicazione meccanica del principio affermato nella sentenza Emmott esporrebbe gli Stati a gravi conseguenze economiche derivanti dal numero potenzialmente elevatissimo di azioni giudiziarie a tutela delle posizioni giuridiche violate a seguito delle violazioni ad essi imputabili. Tale tesi è sostenuta, tra l'altro, in Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, 26 giugno 1997, Fantask A/S e.a. contro Industriministeriet (Erhvervministeriet). Causa C-188/95. Racc. I-06783., par. 68. Cfr. FLYNN, *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits cit.*. L'autore sottolinea, tra l'altro, i difetti della soluzione affermata in questa sentenza e le incongruenze rispetto all'orientamento generale della Corte.

tipiche considerate in detta causa, e ne ha quindi ridimensionato la portata⁷¹.

La Corte è tornata sul punto con la sentenza Manfredi, in cui ha affermato che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, decorrente dal giorno in cui un'intesa o una pratica concordata è stata posta in essere, può rendere praticamente impossibile l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, ma, al contempo, che tale valutazione spetta al giudice nazionale⁷². Ciò significa che, in caso di infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione può addirittura estinguersi prima che sia cessata

⁷¹ Sent. CGCE (Sesta Sezione) del 17 luglio 1997, Causa C-90/94, Haahr Petroleum, Racc. pag. I-4085 (par. 52), e cause riunite C-114/95 e C-115/95, Texaco e Olieselskabet Danmark, Racc. pag. I-4263. Ci riferiamo alle precisazioni del giudice comunitario nella sentenza Haahr Petroleum, emessa a proposito di una violazione costituita dal mancato recepimento di una direttiva. In tale caso, il giudice comunitario è parzialmente tornato sui suoi passi, affermando che quanto stabilito nella sentenza Emmott era fondato sulle particolari circostanze tipiche del caso. Questa puntualizzazione risulta di particolare importanza a proposito delle azioni per danni derivanti da mancato recepimento di direttiva; infatti, finché la direttiva non sia stata recepita, non inizierà il computo del termine per l'esercizio dell'azione, che, pur essendo disciplinato dal diritto nazionale, deve rispettare le condizioni imposte dal diritto comunitario. Sent. CGCE, 2 dicembre 1997. Fantask A/S e.a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet). Causa C-188/95. Racc. I-06783, par. 48: *“La Corte ha così riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario della fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, che tutela al tempo stesso il contribuente e l'amministrazione di cui trattasi. Infatti, questi termini non possono essere considerati tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario, anche se, per definizione, lo spirare di detti termini comporta il rigetto, totale o parziale, dell'azione esperita (v. in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, par. 5; causa 45/76, Comet, pag. 2043, parr. 17 e 18, e 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, par. 28)”. In tempi molto recenti la Corte ha ribadito questo orientamento, affermando che “il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza”. Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 febbraio 2008. Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-00411, par. 60.*

⁷² Sent. CGCE, 13 luglio 2006, Manfredi e a.. Cause riunite da C-295/04 a C-298/04. Racc. I-6619. La sentenza era relativa ad una richiesta di risarcimento danni da parte di un soggetto (il sig. Manfredi) per far condannare alcune compagnie di assicurazione alla restituzione delle maggiorazioni dei premi dell'«assicurazione RC auto» versate a seguito degli aumenti applicati in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. A proposito del termine di prescrizione, la Corte ha stabilito che spetta al giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 TCE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

l'infrazione; per cui, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso, anche prima che la direttiva sia correttamente recepita⁷³.

La Corte è ritornata sul tema in tempi recentissimi con la sentenza *Danske Slagterier*, in cui ha affermato che il termine di prescrizione non può iniziare a decorrere (e addirittura estinguersi) senza che il soggetto danneggiato nemmeno sappia di essere stato leso. Il giudice ha rilevato che tale eventualità si sarebbe potuta invece verificare nel contesto della controversia all'origine della sentenza *Manfredi*. Per cui, a differenza che in quest'ultimo caso, la Corte ha concluso che "il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola"⁷⁴. Infatti, la Corte ha affermato che l'esistenza del termine controverso non ha privato totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali, pertanto, in casi di questo genere, il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento segue il regime ordinario stabilito in seno ai rispettivi ordinamenti municipali. In questo modo, quindi, rimane intatta la già ricordata convivenza dei due tradizionali orientamenti delle corti nazionali secondo cui il *dies a quo*

⁷³ Segnaliamo che le corti nazionali, chiamate a pronunciarsi su violazioni del diritto comunitario di natura continuata (fra cui spiccano i casi di tardivo recepimento di direttive), a proposito del momento di inizio di decorso del termine, hanno dimostrato orientamenti difformi. La Corte di Cassazione italiana, in un caso di persistente violazione del diritto comunitario, ha adottato una soluzione particolarmente favorevole al ricorrente (*Trentin c. INPS*, It. Cass., Giugno 4, 2002, [2002] *Foro It.* No. 10, Pt 1, Col.2662), mentre altre corti nazionali si sono dimostrate decisamente meno sensibili in tema di tutela della posizione dei cittadini danneggiati. Ad esempio, nel caso *Dillenkofer*, in cui erano state promosse 9000 azioni, per un ammontare di 20 milioni di marchi, solo gli attori che avevano acquistato un pacchetto viaggio dopo lo spirare del termine per il recepimento e prima della tardiva trasposizione della direttiva, ottennero il risarcimento. (*Oberlandsgericht Köln*, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95).

⁷⁴ Evidentemente, anche nel caso in questione, la Corte ritiene che i fatti del caso le consentano di discostarsi dalla sentenza *Emmott*. Quindi, il *dies a quo* può risalire anche a un momento precedente la data della corretta trasposizione della direttiva, e può addirittura scadere prima di tale momento. La Corte a tal proposito richiama, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, anche la Sent. CGCE, 15 settembre 1998, *Ansaldo Energia e a. Cause riunite da C-279/96 a C-281/96*. Racc. I-5025, par. 20.

coincide, rispettivamente, con il momento di produzione del danno⁷⁵, o con il momento in cui il danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dagli interessati⁷⁶.

In definitiva, al di là delle limitazioni poste dal diritto comunitario, i termini per l'esercizio dell'azione di risarcimento sono disciplinati dalle normative nazionali che a tal proposito sono sensibilmente discordanti⁷⁷. Come vedremo, appare particolarmente restrittivo il regime spagnolo, che prevede il termine di un anno per l'esercizio dell'azione a partire dalla produzione del fatto o dall'emanazione dell'atto da cui è derivato il danno, o dal momento in cui l'effetto lesivo si è manifestato (art. 142.5 LRPAC e art. 293.2 LOPJ)⁷⁸. Anche se tali termini così restrittivi appaiono in palese contrasto con il principio di effettività, trovano regolare applicazione e in diversi casi hanno impedito ai cittadini, danneggiati da un comportamento illecito secondo il diritto comunitario, di ricevere un effettivo risarcimento⁷⁹. In molti casi di violazione del diritto comunitario e in particolare nei casi di tardivo recepimento di una direttiva, la natura continuata della violazione può presentare problemi a proposito del momento di inizio del decorso del termine. A tal proposito, le corti nazionali si sono espresse in modo difforme. La Corte di Cassazione italiana, in un caso di persistente

⁷⁵ Secondo la lettera del codice civile italiano (art. 2947), il *dies a quo* coincide con il "giorno in cui il fatto si è verificato". A proposito dell'evoluzione avvenuta a tal proposito, che è sfociata, grazie all'iniziativa della Suprema Corte, alla soluzione opposta, rinviamo alla nota n°68.

⁷⁶ Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 123.

⁷⁷ In Germania il termine di prescrizione ordinario è di tre anni (§195 BGB), nel Regno Unito la disciplina di diritto comune impone un termine di sei anni, ma il *Limitation Act* del 1980 stabilisce in diversi casi un termine triennale; in Francia (art. 2224 *code civil*), Italia (art. 2947 cod. Civ.), Belgio (art. 2262 bis § 1 e 2), Paesi Bassi (art. 3:310 BW) e Grecia il termine è di cinque anni (tuttavia, l'ordinamento francese prevede, in caso di responsabilità dei pubblici poteri, un termine quadriennale); l'ordinamento spagnolo prevede un termine di un anno (art. 1968 *c.c. esp.* e art. 142.4 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento común*); in Portogallo il diritto al risarcimento del danno prescrive in tre anni (art. 498 cod. Civ. Port.).

⁷⁸ Tali leggi sono state riformate tramite la *Ley Orgánica 6/1998* e la *Ley 4/1999*. Negli ultimi anni il legislatore è nuovamente intervenuto riformando ampiamente la LOPJ attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 19/2003*, del 23 dicembre. Tuttavia, il termine per l'esercizio dell'azione è rimasto invariato, forse anche per mantenere un parallelismo con l'azione volta a ottenere un risarcimento nei confronti di soggetti privati, disciplinata dal *código civil* (art. 1969.2 cod. civ.).

⁷⁹ Nel capitolo dedicato all'esperienza spagnola si darà conto della sentenza della *Audiencia Nacional*, del 7 maggio 2002, No 865/2001, in cui il giudice accolse le domande di risarcimento di solo sette dei ventiquattro ricorrenti per scadenza dei termini stabiliti dalla legge.

violazione del diritto comunitario, ha adottato una soluzione particolarmente favorevole al ricorrente⁸⁰. D'altra parte, altre corti si sono espresse diversamente e all'interno dei vari Stati la giurisprudenza è stata ondivaga ricorrendo, non di rado, a ingegnosi *escamotages* per neutralizzare i termini di prescrizione⁸¹. D'altro canto, altre corti nazionali si sono dimostrate decisamente meno favorevoli alla tutela della posizione dei soggetti danneggiati⁸².

Il nesso causale, la natura del danno risarcibile e la sua quantificazione.

Altro elemento delegato alla valutazione dei giudici nazionali attiene alla sussistenza del nesso causale⁸³. A tal proposito, è evidente che una delega "in bianco" ai giudici nazionali può compromettere seriamente il principio dell'effettività, poiché, come noto, la valutazione del nesso di causalità dipende dalla scelta di quale delle teorie applicare per la sua valutazione⁸⁴. A tal proposito ricordiamo la teoria c.d. della causalità adeguata, utilizzata dal giudice comunitario e da diverse giurisdizioni

⁸⁰ Trentin c. INPS, It. Cass., Giugno 4, 2002, [2002] Foro It. No. 10, Pt 1, Col.2662.

⁸¹ Una controversia decisa in Olanda era stata promossa da un'organizzazione olandese, che difendeva gli interessi degli allevatori di suini olandesi, che sosteneva che la legge tedesca, in vigore dal 1993 al 1999, che proibiva il commercio in Germania di suini non castrati provenienti dall'Olanda, era contraria al diritto comunitario, e quindi chiedeva un risarcimento. La Corte di primo grado accordò il risarcimento solo in parte, in applicazione del periodo di prescrizione di tre anni. La OLG, ovvero il giudice di appello, considerò, viceversa, che il diritto dell'appellante non era prescritto, poiché il comportamento dello Stato tedesco costituiva un singolo atto continuato, e non una serie di violazioni ripetute. Qualificando in questo modo la violazione, il termine di prescrizione di tre anni fu sostanzialmente neutralizzato, a vantaggio degli attori. *Oberlandsgericht Köln*, June 2, 2005, 7U 29/04.

⁸² Nel caso Dillenkofer, in cui erano state promosse 9000 azioni, per un ammontare di 20 milioni di marchi, solo gli attori che avevano comprato un pacchetto viaggio dopo lo spirare del termine per il recepimento e prima della tardiva trasposizione della Direttiva, ottennero il risarcimento. *Oberlandsgericht Köln*, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95.

⁸³ La Corte di giustizia ha in tempi recenti confermato che al giudice nazionale spetta la valutazione relativa alla sussistenza del nesso causale in Sent. CGCE (Quinta Sezione), 4 dicembre 2003, Samuel Sidney Evans c. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions e The Motor Insurers' Bureau. Causa C-63/01. Racc. I-14447. Parr. 83-88.

⁸⁴ Il tema è approfondito in L. WOODS, F. SMITH, *Causation in Francovich: The Neglected Problem*, in *International Comparative Law Quarterly*, 46, 1997, (pp. 925 - 941).

nazionali⁸⁵, cui si affiancano le teorie dell'equivalenza delle condizioni⁸⁶, della causa prossima e del fatto intermedio. Si tratta di un profilo particolarmente sensibile, perché, come vedremo nei prossimi capitoli, la mancata dimostrazione della sussistenza del nesso causale ha condotto ad un rigetto di diverse azioni promosse negli Stati membri considerati; in altrettanti casi, i giudici nazionali hanno valutato il comportamento dell'attore in funzione della sussistenza del nesso causale, in modo da limitare sensibilmente l'ammontare del risarcimento effettivamente accordato⁸⁷. Si tratta di un fattore fondamentale soprattutto in quegli ordinamenti che prevedono un regime oggettivo di responsabilità, in cui le questioni relative alla causalità costituiscono il più grave ostacolo per l'ammissione delle azioni per il risarcimento promosso dai privati. Vedremo, infatti, come molto sovente i soggetti passivi cerchino di dimostrare l'inesistenza del nesso causale, in modo da limitare il *quantum* del risarcimento attraverso l'allegazione di un comportamento negligente o in qualche modo manchevole da parte del danneggiato. A tal proposito, influiscono sensibilmente le discipline nazionali relative ai casi di rottura del nesso causale, che, come noto, possono condurre il giudice a ridurre o eliminare del tutto il risarcimento, quando un elemento esterno all'amministrazione si frapponga fra comportamento di questa e danno⁸⁸. Altro elemento delegato agli ordinamenti nazionali riguarda la disciplina relativa ai casi in cui una stessa violazione possa essere imputata a più soggetti⁸⁹. Come ricordato in precedenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività è l'unico limite all'autonomia degli Stati nella predisposizione dei profili processuali ai fini della tutela delle posizioni giuridiche conferite ai soggetti

⁸⁵ Tale teoria è abitualmente applicata nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, e in particolare in Germania, Italia, Spagna, Lussemburgo, Danimarca e Grecia.

⁸⁶ Tale teoria influenza particolarmente i giudici belgi, ma anche qui la teoria della causalità adeguata non è del tutto assente.

⁸⁷ È quanto successo, ad esempio, nella sentenza relativa a Centro Europa 7: Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n°242, in Foro am m.-Cons. Stato, 2009, 234.

⁸⁸ Ci riferiamo, ovviamente, alla forza maggiore, al comportamento della vittima del danno e al fatto del terzo.

⁸⁹ In questo caso, la regola universalmente applicata in seno agli ordinamenti nazionali è la responsabilità in solido dei diversi soggetti che abbiano collaborato alla violazione. Come noto, spesso è difficile individuare il soggetto cui sia imputabile la violazione, e a tale proposito sarà decisiva, ovviamente, la valutazione del giudice.

dal diritto di fonte sovranazionale. Anche a tal proposito, segnaliamo che gli ordinamenti giuridici nazionali offrono soluzioni divergenti a proposito delle conseguenze giuridiche della mancata interposizione di tutte le azioni a disposizione del soggetto danneggiato. In particolare, a seconda degli ordinamenti nazionali considerati, si assisteranno a soluzioni divergenti circa la pregiudizialità o meno di altre azioni rispetto al ricorso giurisdizionale per responsabilità. A proposito del terzo requisito, ci si è interrogati intorno alle ipotesi di interruzione del nesso causale, fra le quali ricordiamo i casi di comportamento del soggetto danneggiato, di intervento di terzi soggetti o di forza maggiore. Nel caso in questione ci si trova di fronte all'eventualità che il nesso causale sia stato rotto, poiché il soggetto danneggiato non ha esercitato tutte le azioni possibili a tutela della sua posizione giuridica. A tale riguardo ricordiamo che, come segnala lo stesso Avvocato Generale, la Corte nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* ha affermato che, per determinare il danno risarcibile, il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione⁹⁰. La Corte richiama tale giurisprudenza e aggiunge che, secondo un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la persona lesa, per evitare di doversi accollare il danno, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitarne l'entità⁹¹. Rileva, pertanto, la diligenza del soggetto leso nel tutelare il diritto primario; un

⁹⁰ Sentenza *Brasserie du Pêcheur* par. 84.

⁹¹ Sent. CGCE, 19 maggio 1992, *Mulder e a./Consiglio e Commissione. Cause riunite C-104/89 e C-37/90*, Racc. I-3061, par. 33; e Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93*. Racc. I-01029, par. 85. A tal proposito richiamiamo l'affermazione dell'Avvocato Generale Tesauro, secondo cui bisogna chiedersi se detto nesso possa essere interrotto, in primo luogo, dal comportamento della vittima del danno e, in secondo luogo, se la vittima avrebbe potuto esperire dei rimedi giurisdizionali nazionali per evitare il danno senza giungere alla domanda di indennizzo. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 28 novembre 1995. - *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*, Paragrafi 97-99. L'Avvocato Generale cita il Principio III della Raccomandazione del 18 settembre 1984 del Consiglio d'Europa, secondo il quale la vittima potrà veder ridotto o rifiutato il risarcimento "*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée*". Da ciò si deduce che l'interruzione del nesso causale può dipendere da un comportamento colposo del danneggiato.

suo comportamento contrario all'obbligo di evitare il danno può comportare una riduzione della pretesa del risarcimento del danno e, in casi eccezionali, può condurre ad una completa esclusione della pretesa risarcitoria.

I regimi nazionali devono essere applicati anche in relazione alla determinazione del danno risarcibile, cui la Corte di giustizia ha dedicato solamente alcuni generici riferimenti. A tal proposito, le affermazioni del giudice comunitario lasciano intendere che i giudici debbano considerare il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, secondo le regole di ciascun ordinamento nazionale, a partire dal giorno dell'evento dannoso⁹². Sottolineiamo che la valutazione del lucro cessante è decisiva per l'integrazione del risarcimento sufficiente, poiché in numerosi casi tende a costituire la quasi totalità del danno a proposito delle controversie di natura economica o commerciale, per cui una sua esclusione rende di fatto impossibile il risarcimento dei danni⁹³.

A proposito della quantificazione del danno, il giudice comunitario ha stabilito che il risarcimento deve essere adeguato al danno subito e che non può venire limitato ai danni successivi alla pronuncia che accerti l'adempimento⁹⁴. Quest'ultima non è infatti costitutiva dell'inadempimento

⁹² Particolarmente esplicita è la posizione della Corte di giustizia a proposito del lucro cessante: *"non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli"* (Brasserie, par. 89).

⁹³ Tale considerazione è svolta dallo stesso giudice comunitario nella sentenza Brasserie, par. 87. La Corte ha ribadito tale orientamento in tempi più recenti, nella sentenza della Corte (grande sezione) del 17 aprile 2007. A.G.M.-COS.MET Srl contro Suomen valtio e Tarmo Lehtinen. Causa C-470/03. raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-02749. Par. 94: *"Inoltre, il risarcimento, a carico degli Stati membri, dei danni da essi causati ai singoli in conseguenza delle violazioni del diritto comunitario dev'essere adeguato al danno subito. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano azioni o ricorsi analoghi fondati sul diritto interno, né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli (v. sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame cit., par. 90)"*.

⁹⁴ Sent. Brasserie du Pêcheur, par. 5: *"Il risarcimento, posto a carico degli Stati membri, dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario dev'essere adeguato al danno subito. In mancanza di norme comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro fissare i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno e che non*

dello Stato membro e il danno risarcibile può comprendere anche quello verificatosi anteriormente, a partire dal verificarsi del fatto generatore⁹⁵.

Per il resto, in mancanza di più stringenti criteri da parte della Corte di giustizia, i diritti nazionali sono liberi di regolare la disciplina relativa alla definizione e quantificazione del danno risarcibile⁹⁶. Pertanto, l'assenza di parametri uniformatori dettati dal giudice comunitario impone che in sede di ordinamenti nazionali sia stabilito se il danno risarcibile sia integrato solo dai danni diretti ed immediati o anche dai danni non prevedibili al momento dell'infrazione, i danni futuri e quelli non patrimoniali. A proposito della possibilità del risarcimento dei danni c.d. punitivi o esemplari, se

possono in nessun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni dei singoli specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli".

⁹⁵ Sentenza della Corte del 5 marzo 1996. - Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. - Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Par. 6: "L'obbligo, a carico di uno Stato membro, di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti l'inadempimento conseguente a tali violazioni. Infatti, il diritto al risarcimento esiste, sulla base del diritto comunitario, sempreché siano soddisfatte le condizioni prescritte, talché non può ammettersi che l'obbligo di risarcimento a carico dello Stato membro interessato possa essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti il suo inadempimento. Inoltre, subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato membro interessato urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché esso porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalla pronuncia della Corte di un'eventuale sentenza che dichiari l'inadempimento".

⁹⁶ Quindi, a seconda degli ordinamenti nazionali considerati, potranno essere accordati risarcimenti meramente indennizzatori, oppure no (*nominal, contemptuous or exemplary/punitive damages*). Anche a proposito dell'identificazione dei danni risarcibili, gli ordinamenti nazionali divergono a proposito della risarcibilità dei danni esemplari e dell'ambigua categoria dei danni morali. A proposito dei primi, sappiamo che in diversi ordinamenti di *common law* possono essere riconosciuti dei danni esemplari, ovvero dei danni accordati oltre alla somma risarcita a titolo di compensazione del danno subito dall'attore, quando il comportamento all'origine del pregiudizio presenti un carattere oppressivo, arbitrario o incostituzionale. A proposito dei danni morali, senza pretesa di esaustività, segnaliamo che il danno morale dà diritto al risarcimento nel Regno Unito, in Belgio e in Portogallo. Non è invece riconosciuto in Germania, quando la responsabilità sia imputata a un soggetto pubblico. In Italia è riconosciuta solo in certi casi. In Spagna, in genere il danno morale molto difficilmente è risarcito. In Francia, il *Conseil d'État* ha accordato il risarcimento ad alcune sottocategorie del danno morale, ma ne ha escluse altre.

questi sono consentiti dagli ordinamenti nazionali, devono essere applicati anche alle fattispecie di rilevanza comunitaria⁹⁷. I giudici nazionali possono decidere di accordare un risarcimento solo a titolo di danno effettivo o anche per perdita di *chance*. In definitiva, da questo punto di vista, i giudici hanno un amplissimo margine di discrezionalità nell'applicazione dell'illecito comunitario, tanto che vi è chi paventa una ingiustificata disinvoltura sul terreno dell'identificazione delle situazioni lese, sulla base di posizioni giurisprudenziali già assunte in materia di perdita di *chance*, del danno esistenziale, del danno da emozioni e del danno da petulanza "che sembrano danzare sull'orlo dell'abisso in fondo al quale sta l'impalpabile, o l'ineffabile, o il francamente futile"⁹⁸.

⁹⁷ A tal proposito, ricordiamo che i c.d. danni punitivi sono definiti dal Black's Law Dictionary come "*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; specific., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others*". B.A. GARNER (ed.), *Black's law dictionary, Eighth Edition*, Thomson, St. Paul (Minnesota), 2004, pp. 418 - 419. Negli ordinamenti in cui è riconosciuto questa particolare forma di "danno", i giudici condannano il soggetto responsabile al pagamento di una somma superiore rispetto alla valutazione del danno effettivamente arrecato. In pratica, la vittima riceve, oltre all'indennizzo dovuto a fini compensatori, un somma supplementare a titolo di danno punitivo. Tale somma serve come sanzione esemplare per prevenire il rischio di recidiva. Segnaliamo che tale danno è proprio del diritto anglo-sassone, mentre è pressoché sconosciuto, quanto meno a livello declamatorio, in diritto europeo – continentale. Infatti, tradizionalmente, in *civil law* l'obiettivo del risarcimento dei danni derivante da responsabilità extracontrattuale consiste nel reintegrare la vittima in modo da riportare la sua posizione a quella preesistente rispetto al fatto dannoso, e sulla quantificazione del danno non influisce il comportamento del responsabile. Viceversa, i sistemi anglosassoni alla funzione compensativa affiancano una funzione deterrente, per cui attraverso la responsabilità extracontrattuale si tende ad applicare una sanzione patrimoniale in funzione regolatrice della vita sociale. In diritto continentale il giudice deve essere estremamente prudente nel non cedere a tale logica accordando un risarcimento superiore al danno realmente causato. Anche se il danno punitivo in diritto europeo-continentale è inaccettabile perché risulta in conflitto con alcuni canonici principi della responsabilità extracontrattuale, non è detto che la medesima logica abbia animato e animi il giudice, soprattutto in applicazione dell'illecito comunitario, che alla funzione compensatoria unisce senza dubbio anche una funzione deterrente. Questo elemento, benché non espresso, può essere decisivo nei casi in cui la quantificazione del danno emergente, ma soprattutto del lucro cessante, avviene in via equitativa. Senza dubbio, tale danno non può essere ammesso in un regime che ha come elemento cardine il principio della riparazione integrale; considerato, tuttavia, che tale principio è un mito che non corrisponde alla realtà, e che entra in crisi in particolare in tema di responsabilità dei pubblici poteri, appare fisiologico che l'ammissione del danno punitivo, seppur negata a parole, possa incidere, nei fatti, sulla quantificazione dei danni nella soluzione delle singole controversie. Cfr. R. MASTROIANNI, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 59, 2, 2007, (pp. 21 - 63), pag. 53.

⁹⁸ Cit. da ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)* cit., pag. 119.

Ciò detto, è possibile rinvenire alcuni criteri di carattere generale, cui in precedenza si è già accennato. In primo luogo vale il principio secondo cui il risarcimento deve essere commisurato al danno o alla perdita subita, e nell'ipotesi in cui l'equivalente pecuniario non possa essere individuato con precisione, appare ragionevole calcolarlo, secondo un criterio equitativo, su base forfetaria⁹⁹. Al contempo, si può ritenere che il risarcimento vada diminuito quando a cagionare i danni abbia concorso colposamente il danneggiato e sia escluso per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare impiegando l'ordinaria diligenza.

In termini analoghi ci si riferisce al risarcimento in forma specifica¹⁰⁰. Anzi, la Corte si è pronunciata esplicitamente a proposito dell'ammissibilità del risarcimento in natura in relazione alla responsabilità extracontrattuale ex artt. 235 e 288 2. co TCE¹⁰¹. Considerando il parallelismo di tale regime di responsabilità con quella degli Stati membri, non si vede perché, anche nei confronti di questi ultimi, non possa essere consentito un risarcimento in forma specifica, in assenza di circostanze eccezionali che giustifichino una diversa disciplina. Quindi, in definitiva, è rimesso al giudice nazionale il compito di accertare il danno cagionato dallo Stato membro e di quantificarlo con riferimento al caso concreto, in modo da renderlo effettivo ed adeguato al caso specifico evitando il rischio di determinare, semmai inconsapevolmente, un arricchimento senza causa.

⁹⁹ Nell'ordinamento italiano si ricorre ad un criterio equitativo su base forfettaria per i danni di cui sia certa l'esistenza, ma non sia preciso l'ammontare (art. 1226 c.c.).

¹⁰⁰ A tal proposito il problema fondamentale consiste nel fatto che in diversi ordinamenti il giudice non può che imporre all'amministrazione un'obbligo di *dare*, e accordare un risarcimento in forma specifica impone la condanna ad un *facere*. A tal proposito ricordiamo che la possibilità di un risarcimento in forma specifica è ammessa in Germania, Belgio, Paesi Bassi e Spagna, mentre negli altri paesi il giudice può tutt'al più condannare a delle obbligazioni facoltative, nel senso di permettere al soggetto pubblico responsabile di non procedere ad un risarcimento per equivalente nel caso in cui preferisca operare un risarcimento in natura.

¹⁰¹ Il giudice comunitario è competente a imporre alla Comunità qualsiasi forma di risarcimento conforme ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri in materia di responsabilità extracontrattuale, incluso, se appare conforme a tali principi, il risarcimento in natura, eventualmente anche sotto forma di ingiunzione di fare o di non fare. Sentenza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata) del 10 maggio 2006. Galileo International Technology LLC e altri contro Commissione delle Comunità europee. Causa T-279/03. raccolta II-01291, par. 53.

CAPITOLO IV. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN FRANCIA.

Premessa

La Francia è uno degli Stati membri che più spesso sono incorsi in procedure di infrazione¹. Ciononostante, i giudici francesi hanno applicato il principio di responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario solo in poche occasioni. Nonostante la scarsità di pronunce, merita soffermarsi sul caso francese perché la dottrina nazionale è tradizionalmente molto attenta alle questioni relative alla responsabilità dei soggetti pubblici, e anche in tema di illecito comunitario l'attenzione degli studiosi ha prodotto indagini feconde. Inoltre, il fatto che si tratti di uno Stato in cui la Pubblica Amministrazione ha sempre occupato un ruolo centrale, ha implicato un particolare affinamento della disciplina della responsabilità pubblica. A dimostrazione delle antiche origini di questa branca del diritto, e delle elaborazioni dottrinali relative a questi temi, si fa tradizionalmente riferimento al c.d. *arrêt Blanco* (1873)², in cui per la prima volta il diritto amministrativo della responsabilità è apparso come branca giuridica autonoma: "In Francia, è sempre stato chiaro che la responsabilità della pubblica amministrazione è una responsabilità speciale, le cui regole variano in ragione della necessità di conciliare i diritti dello Stato con quelli dei singoli"³. Si tratta, dunque, di un

¹ È noto che la Francia sia uno dei paesi meno diligenti in fatto di rispetto del diritto comunitario e, in particolare, in tema di corretto e puntuale recepimento delle direttive. A tal proposito, v., ad es., A. FUCHS, *La transposition des directives communautaires en France*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 16, 2003, (pp. 523 - 530).

² *Tribunal des conflits*, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. Leb., 1 *supplément*.

³ Ad ogni modo, l'autonomia del regime di responsabilità rispetto alle regole di diritto comune non significa che i tribunali amministrativi siano i soli competenti: infatti, a seconda della loro attività, i pubblici poteri possono anche essere giudicati dai tribunali ordinari secondo le condizioni del diritto civile (art. 1382 e ss. C.c.). Si pensi ai casi di

regime derogatorio rispetto alle regole comuni in materia di illecito extra-contrattuale fissate dagli artt. 1382 e ss. *Code civil*⁴.

Tali note introduttive ci aiutano ad affrontare il tema dell'illecito comunitario in Francia, perché la disciplina di diritto interno si pone in concorrenza con il paradigma elaborato dalla Corte di giustizia. Infatti, nonostante il duplice fondamento, nazionale e sovranazionale⁵, che dovrebbe assicurare una perfetta armonia e pacifica integrazione fra le due discipline, sussistono, fra i due regimi, alcuni importanti elementi di divergenza e sensibili punti di frazione. Questa situazione di reciproca resistenza solleva questioni giuridiche rilevanti, di particolare interesse per il comparatista interessato alle dinamiche di interazione fra ordinamenti giuridici nazionali e spazio giuridico sovranazionale. In primo luogo, spinge a riflettere sulla reale portata del principio di effettività del diritto comunitario, una volta reinterpretato ed applicato attraverso gli ordinamenti nazionali. In secondo luogo, induce a considerare le conseguenze del bilanciamento fra principio di non discriminazione fra cittadini europei e principio di autonomia istituzionale e procedimentale degli Stati membri⁶. Infine, propone fondamentali interrogativi circa la sollecitazione ad un'armonizzazione degli ordinamenti nazionali. Infatti, pur tenendo fermo il

danni derivanti dalla gestione di proprietà private, dall'amministrazione della giustizia o in caso di servizi pubblici di tipo industriale o commerciale.

⁴ Secondo quanto affermato dal *Tribunal des conflits*, "*la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; dès lors, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*". *Tribunal des conflits*, 8 febbraio 1873, *Blanco*, Rec. Leb., 1 supplément, pag. 61. Ai sensi dell'art. 1382, "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*". Ciononostante, la dottrina sottolinea come si tratti di un'autonomia relativa, poiché la responsabilità amministrativa, a parte qualche isolata differenza, non presenta un impianto particolarmente originale rispetto alla responsabilità privata. Per uno studio dei rapporti fra diritto civile e diritto amministrativo, v. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, L.G.D.J. - Editions Panthéon Assas, Paris, 2003.

⁵ Come vedremo, ai principi elaborati dalla Corte di giustizia ed ai Trattati, si aggiunge l'art. 55 della Costituzione, che costituisce il fondamento di diritto interno da cui si fa derivare la superiorità delle fonti di rango sovranazionale, e la responsabilità dello Stato in caso di inadempimento ai propri obblighi, qualunque fondamento giuridico essi abbiano.

⁶ Infatti, come sottolineato nel cap. 3, l'autonomia statale nell'applicazione del diritto comunitario può condurre a condizioni di disparità fra cittadini europei appartenenti a Stati diversi.

principio di reciproca autonomia degli ordinamenti, è lecito interrogarsi sulla razionalità e credibilità di uno spazio giuridico che offre tutele diverse a posizioni giuridiche analoghe, in quanto fondate su diversi livelli di legalità⁷. A tal proposito, ricordiamo che le istituzioni comunitarie hanno spesso contribuito, seppur indirettamente, a proseguire in un processo di avvicinamento delle discipline europee di responsabilità pubblica; l'indagine comparatistica può quindi aiutare nell'esame dei profili di criticità di tale convergenza.

D'altra parte, il caso francese appare di particolare interesse da un punto di vista comparatistico, poiché costituisce un modello di responsabilità pubblica ampiamente imitato ai fini dell'elaborazione del regime di responsabilità patrimoniale delle istituzioni comunitarie⁸. Ne consegue che la disciplina francese di responsabilità pubblica e il regime contenzioso davanti ai giudici di Lussemburgo sono interessati da diversi elementi di somiglianza, di natura sia sostanziale che processuale⁹. Prima di trattare direttamente tali questioni, ripercorriamo alcune delle sentenze di applicazione dell'illecito comunitario in modo da apprezzare il percorso svolto dalla giurisprudenza nazionale. A tale fine è necessario iniziare con una breve premessa, relativa ad alcuni fondamentali elementi caratterizzanti la disciplina francese di responsabilità pubblica.

⁷ Il tema sarà ampiamente trattato nel corso dei prossimi capitoli. Mi riferisco al fatto che non di rado un cittadino europeo gode di strumenti di tutela diversi per l'esercizio di posizioni giuridiche sostanzialmente analoghe, anche se fondate, rispettivamente, sul diritto nazionale e sul diritto comunitario. Si pensi al caso del cittadino danneggiato a seguito di un illecito imputabile ad un organo giurisdizionale. In molti ordinamenti nazionali, tale cittadino avrà a disposizione strumenti di tutela estremamente diversi, a seconda che la posizione giuridica in questione sia riconosciuta dal diritto nazionale o dall'ordinamento comunitario. La questione, che rimane a tutt'oggi aperta, consiste nel riflettere se tale differenza di fondamento giuridico possa giustificare una così evidente divergenza di tutela a fronte di situazioni giuridiche soggettive non di rado del tutto analoghe sotto il profilo sostanziale.

⁸ A tal proposito, v. L. COUTRON, *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, in *R.F.D.A.*, 2, mars-avril 2009, (pp. 329 - 342).

⁹ Cfr. FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle cit.*. Il regime francese di responsabilità dinanzi al giudice amministrativo è stato oggetto di diverse indagini comparatistiche. V., ad es., L. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 2007. In tempi recenti, la dottrina ha tuttavia sottolineato il fatto che attualmente l'ordinamento comunitario segue più da vicino il modello tedesco, piuttosto che quello francese. A tal proposito, v. M. FROMONT, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Juris Classeur – Droit administratif*, n°7, luglio 2008, (pp. 8 - 12).

In primo luogo, bisogna considerare che la responsabilità della P.A. in Francia è di formazione giurisprudenziale¹⁰, e che si caratterizza per la sua peculiare articolazione in due sistemi differenti: rispettivamente, il regime di responsabilità *pour faute* e *sans faute*¹¹. La responsabilità per colpa costituisce la regola generale, mentre la responsabilità senza colpa viene in rilievo essenzialmente in due casi, ovvero quando il danno è conseguenza di un rischio rispetto al quale si ritiene equo riconoscere il risarcimento, o quando viene violato il principio di uguaglianza di fronte ai pubblici poteri ("*égalité devant les charges publiques*"). Anticipiamo questo elemento perché, come vedremo, per lungo tempo i giudici amministrativi hanno proposto soluzioni divergenti circa il regime, per colpa o senza colpa, da applicare in tema di illecito comunitario. La questione si è rivelata particolarmente delicata in tema di illecito imputabile alla funzione legislativa, poiché le istanze comunitarie hanno spinto verso una precisa direzione, costituita dalla risarcibilità dei danni causati dalla condotta del legislatore, pressoché del tutto esclusa in diritto interno¹². Il regime di responsabilità senza colpa, unico eccezionale sistema indennitario per la riparazione di tali pregiudizi, è ben presto apparso del tutto inidoneo ai fini

¹⁰ Fra le sentenze fondamentali in tema di regime di responsabilità pubblica in Francia, ricordiamo, oltre alla sentenza *Blanco*, le sentenze *Pelletier* e *Driancourt*. Tribunal des conflits 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. Leb., 1873, 1 supplement, pag. 117; CE 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. Leb., 1973, pag. 77. Gli stessi giudici amministrativi, unici competenti a giudicare le controversie relative all'attività dei pubblici poteri, ne hanno infatti progressivamente esteso la portata in relazione a servizi in un primo momento esclusi (si pensi ai servizi di Polizia; CDE, 10 febbraio 1905, *Tomaso-Grecco*), ai Comuni e ai Dipartimenti (*Tribunal des conflits*, 29 febbraio 1908, *Feutry*) e ad attività sovrane. In questo quadro, la responsabilità dello Stato conseguente da leggi o convenzioni internazionali appare come un ulteriore ampliamento.

¹¹ Questo dualismo, che nel corso della trattazione analizzeremo nel dettaglio, è netto dal punto di vista sia funzionale che strutturale, benché sia caratterizzato da una porzione di disciplina comune, relativa alla determinazione e quantificazione del danno, al nesso di causalità, alle modalità di riparazione e al legittimato passivo.

¹² Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, l'attività legislativa non può per sua natura costituire un illecito, per cui, ad oggi, il soggetto danneggiato da una condotta del legislatore può, tutt'al più, ricevere un indennizzo tramite l'applicazione del regime di responsabilità senza colpa. Tale sistema è stato elaborato a partire da alcune pronunce della prima metà del XX secolo e, in particolare, dalla celeberrima sentenza *La Fleurette* del CDE (CE 14 gennaio 1938, *Société anonyme des Produits Laitiers "La Fleurette"*, Rec. Lab., 1938, pag. 25). La controversia era collegata al divieto, previsto dalla legge del 29 giugno 1934, della fabbricazione e del commercio dei prodotti destinati ad usi analoghi alla panna ma non provenienti esclusivamente dal latte. Si trattava di una misura che intendeva tutelare l'industria del latte, vietando l'introduzione nel mercato di tutti i prodotti che avrebbero potuto sostituire la panna naturale. In forza di tale normativa, la società *La Fleurette*, il cui principale prodotto, chiamato "*Gradine*", era composto da latte, uova e olio d'arachidi, dovette ritirarsi dal commercio.

dell'effettiva applicazione del diritto comunitario, per cui si è assistito ad un tortuoso percorso giurisprudenziale e dottrinale, che ancora oggi lascia ampi margini di incertezza.

Questi elementi saranno approfonditi criticamente, dopo aver esaminato le principali sentenze in cui i giudici francesi hanno applicato l'illecito comunitario.

Sentenze.

La sentenza Henri Ramel. Conseil d'État, 7 dicembre 1979.

La sentenza *Les fils de Henri Ramel*¹³, pronunciata il 7 dicembre 1979, costituisce uno dei primi casi in cui il Conseil d'État (di seguito, CDE¹⁴) si è pronunciato a proposito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un atto dell'amministrazione. Nel caso di specie, i ricorrenti agirono per un risarcimento allegando che una decisione del prefetto di l'Hérault costituisse una violazione dell'art. 30 del Trattato di Roma (attuale art. 28 CE)¹⁵. Il giudice condannò lo Stato a risarcire i danni occorsi alla società ricorrente, ma non venne rilevata alcuna colpa dell'autorità prefettizia, per cui fu applicato il regime di responsabilità senza colpa per violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri. Nel caso in questione, il giudice accettò di svolgere un controllo di conformità della decisione prefettizia con il diritto comunitario e, d'altra parte, si considerò competente nel conoscere delle azioni di responsabilità promosse da soggetti che allegavano una violazione del diritto comunitario da parte di autorità nazionali. Si tratta di una pronuncia risalente, emessa più di un decennio prima della sentenza Francovich, che dimostra come, in Francia, la questione trovi nel diritto interno autonomo fondamento giuridico¹⁶. Per

¹³ CE, 7 dicembre 1979, *Les fils de Henri Ramel*, J.C.P., II n°19500, note B. Pacteau.

¹⁴ Il *Conseil d'État* è il giudice amministrativo di ultimo grado. In qualità di giudice, emette sentenze che si impongono con forza di cosa giudicata, non suscettibili né di appello né di Cassazione. Attualmente, dopo le riforme del 30 settembre 1953 e 31 dicembre 1987, la sua funzione essenziale è quella di giudice di Cassazione; tuttavia, conserva alcune attribuzioni di giudice in primo grado e in appello. Per maggiori dettagli, v., fra gli altri, C. DEBBASCH e F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, Paris, 2007, pag. 622 e ss.

¹⁵ In concreto, il prefetto aveva proibito l'accesso al porto di Sète a tutte le navi cisterna trasportanti vino destinato ai consumatori francesi. Di conseguenza, la nave in questione dovette tornare al porto di origine, senza aver potuto effettuare lo scarico.

¹⁶ Anche solo fondandosi sul diritto francese, infatti, è possibile trarre il principio secondo cui la violazione delle disposizioni del Trattato, dei regolamenti e delle direttive o delle sentenze comunitarie costituiscono un illecito suscettibile di generare l'obbligo di riparare il danno occorso ai cittadini. Tale principio si fonda in primo luogo sull'art. 55 della Costituzione francese, ai sensi del quale "*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou*

questa stessa ragione, riportiamo alcune sentenze che, seppur anteriori rispetto alle pronunce della Corte di giustizia, hanno contribuito grandemente alla costruzione dello spazio giuridico europeo attraverso l'apertura dell'ordinamento francese alle fonti di rango sovranazionale.

La sentenza Alivar. Conseil d'État, 23 marzo 1984¹⁷.

Ai fini dell'evoluzione della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario, è stata di fondamentale importanza la sentenza Alivar¹⁸, con cui il CDE giudicò a proposito dell'azione di risarcimento promossa da un'impresa italiana che lamentava un danno subito a seguito del rifiuto, da parte di un organismo agricolo francese (la F.O.R.M.A.), di apporre i visti necessari ai fini dell'importazione di carichi di ortaggi in territorio francese¹⁹.

In primo grado, il Tribunale Amministrativo di Parigi aveva condannato lo Stato al risarcimento, applicando il regime di responsabilità per colpa; orientamento confermato in appello dal CDE, che rigettò il ricorso del Ministro del Commercio estero, e accordò alla società Alivar, a titolo di risarcimento, una somma pari a quella accordata dal giudice di primo grado²⁰. A tal proposito, tuttavia, il CDE sostenne che, nonostante la sentenza della Corte di giustizia, il diniego del visto era giustificato per

approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

¹⁷ CE, Ass., 23 marzo 1984, *Min. Commerce extérieur c. Sté Alivar*, RTD eur. 1984, pag. 341.

¹⁸ In ogni caso, a tal proposito, "*Le Conseil d'État a démontré qu'il dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation exclusif et autonome, même lorsque la responsabilité nationale de l'administration résulte d'une méconnaissance des obligations communautaires de la France et que cette méconnaissance a fait l'objet d'un arrêt en manquement de la Cour de Justice*". Cit. da B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, Dalloz, Paris, 2007, pag. 463.

¹⁹ La necessità del visto appariva contraria alla proibizione di misure aventi effetti analoghi a delle restrizioni alle importazioni. Questo diniego impedì all'impresa di eseguire i contratti di esportazione di patate conclusi con un'impresa francese. In tale caso, la violazione del diritto comunitario (in concreto, dell'art. 29 (ex art. 34) del Trattato CE) era già stata dichiarata dalla Corte di giustizia, nel 1977, a seguito di una procedura di infrazione. CGCE, 16 marzo 1977, aff. 68/76, *Commission c/France*, Rec. pag. 515.

²⁰ Come noto, il CDE talvolta è competente in appello. Per maggiori dettagli, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1*, Montchrestien, Paris, 2000, pag. 762 e ss.

motivi di interesse generale, collegati alla scarsità di patate sussistente all'epoca, e che quindi non vi si potesse applicare il regime di responsabilità per colpa²¹. Pertanto, la responsabilità dello Stato fu nuovamente collegata alla violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri, e l'impresa italiana ottenne un risarcimento a titolo di responsabilità senza colpa²².

Nel caso *Alivar*, il giudice rifiutò di assimilare i concetti di infrazione e di illegalità, nel senso che constatò l'incompatibilità del comportamento con il diritto comunitario, ma non ne dedusse automaticamente la natura di vero e proprio illecito. Il che dimostra tutte le originarie resistenze a considerare la contrarietà al diritto di fonte sovranazionale come elemento su cui fondare una forma di responsabilità patrimoniale basata sulla colpa²³. Come vedremo nel corso della trattazione, la giurisprudenza iniziata con tale sentenza, secondo cui una violazione del diritto comunitario non può costituire un illecito inquadrabile nella responsabilità per colpa, si è in breve dimostrata del tutto insoddisfacente in relazione alle condizioni successivamente imposte dalla Corte di giustizia. In particolare, l'orientamento inaugurato in tale pronuncia crea una distinzione ingiustificata all'interno del regime di responsabilità dell'amministrazione, e quindi mette in serio pericolo il principio di non discriminazione fra cittadini europei. Infatti, secondo tale impostazione, dovrebbero essere applicati regimi di responsabilità differenti a seconda che il giudice nazionale tuteli posizioni giuridiche fondate, rispettivamente, sul diritto comunitario e sul

²¹ Il governo francese aveva adottato tale misura nel tentativo di limitare le esportazioni di patate, ivi comprese quando destinate a Stati membri della Comunità. A seguito di tale rifiuto, l'impresa non poté eseguire i contratti di esportazione stipulati con una cooperativa francese.

²² Ha dichiarato la responsabilità senza colpa dello Stato francese derivante da un atto amministrativo contrario al Trattato CE. Lo Stato francese aveva subordinato l'esportazione di patate alla presentazione di una dichiarazione di esportazione preventivamente sottoposta al F.O.R.M.A. e aveva, in tal modo, violato l'art. 28 (ex 34) del Trattato CE.

²³ La forzatura compiuta dal giudice appare particolarmente evidente, perché il diritto comunitario è incorporato nel diritto francese e quindi qualsiasi violazione di questo dovrebbe costituire una forma di illegalità anche ai sensi dell'art. 55 Cost.. In ogni caso, la sentenza *Alivar* fu confermata in un'altra sentenza (CE, 13 dicembre 1985, *Soc. Sales, A.J.D.A.*, 1986, pag. 174), in cui il CDE rifiutò nuovamente di considerare che una sentenza relativa ad un'infrazione comportasse l'illegalità di una decisione ministeriale contraria.

diritto interno²⁴. Per queste ragioni, come vedremo, la giurisprudenza Alivar è stata col tempo abbandonata; tuttavia, i casi di discriminazione, a secondo della natura, nazionale o comunitaria, delle posizioni giuridiche violate, continuano a riproporsi²⁵.

La sentenza Nicolo. Conseil d'État, 20 ottobre 1989.

Come vedremo nel corso della trattazione, in Francia la difficile applicazione dell'illecito comunitario in relazione alla condotta del legislatore dipende dall'irrisolta questione del controllo sull'attività legislativa e, in particolare, del giudizio sulla compatibilità degli atti normativi (legislativi o regolamentari) rispetto al diritto internazionale e comunitario²⁶.

Nonostante l'art. 55 della Costituzione del 1958, ai sensi del quale i Trattati e gli accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, dal momento della loro pubblicazione, un'autorità superiore rispetto alla legge, i giudici amministrativi francesi per lungo tempo si sono rifiutati di controllare la compatibilità delle leggi con il diritto comunitario, e il CDE ha negato la possibilità da parte dei privati di invocare la incompatibilità di una legge con il diritto comunitario²⁷. Per lungo tempo, tale giudizio di compatibilità è stato equiparato al giudizio di costituzionalità delle leggi, delegato al *Conseil Constitutionnel* e sottratto alla competenza del giudice amministrativo. L'impostazione secondo cui il giudice non può giudicare la

²⁴ La dottrina, a tal proposito, ha fatto riferimento alla responsabilità collegata alla materia fiscale, che secondo la giurisprudenza del CDE esigerebbe la prova di una colpa grave in caso di diritto interno, e sarebbe invece oggettivizzata in caso di violazione del regime fiscale comunitario. Esempio tratto da HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne cit.*, pag. 476. L'autore a sua volta richiama la sentenza CE, 29 aprile 1966, Rossi, Rec. 296.

²⁵ A tal proposito, v. le sezioni dedicate, rispettivamente, all'illecito comunitario collegato alla funzione legislativa e giurisdizionale.

²⁶ Come affermato nel capitolo 2, il primato del diritto comunitario costituisce il presupposto indispensabile del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

²⁷ Si pensi all'*arrêt* CE del 1 marzo 1968, *Syndicat général des semoules de France*, Rec. Leb., 1968, pag. 149 (*conclusions de Mme Questiaux, commissaire du gouvernement*, A.J.D.A. 1968, pag. 235). In questo caso il CDE si rifiutò di far prevalere un regolamento del Consiglio su un posteriore atto avente forza di legge.

legge, implica l'impossibilità di pronunciarsi sulla funzione legislativa in quanto attività vincolata²⁸.

Il cambio di orientamento è avvenuto con la sentenza *Nicolo*, nella quale il giudice amministrativo ha affermato che l'art. 55 della Costituzione permette al giudice di svolgere un giudizio circa la compatibilità della legislazione nazionale con i Trattati internazionali e, ovviamente, con il diritto comunitario²⁹. Per un compiuto commento a tale pronuncia, fondamentale in tema di integrazione dell'ordinamento francese nello spazio giuridico europeo, rinviamo all'amplessima dottrina disponibile³⁰. Ai nostri fini, è sufficiente rilevare che il giudice ha assicurato la superiorità del Trattato di Roma sulla legge nazionale posteriore fondandosi sul diritto interno, e non su caratteristiche proprie del diritto comunitario, quali il primato e l'applicabilità diretta riconosciuti a livello comunitario. Il più volte citato art. 55 Cost. non fa espresso riferimento a tali caratteri, per cui il giudice, pur sanzionando il mancato rispetto della superiorità del Trattato, ha subordinato tale principio ad elementi quali la condizione di reciprocità e la presenza di una disposizione di diritto interno esplicita in tal senso³¹.

²⁸ Si trattava, peraltro, di una posizione priva di alcun fondamento di diritto positivo, ma che si richiamava ad una presunta "*Constitution non écrite*" che implicava tre principi fondamentali su cui si reggeva l'intero equilibrio istituzionale: "*la loi est incontestable, l'administration est soumise au respect de la loi, le juge est garant de ce respect*". Cit da. C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2003, pag. 229. Rinviamo a tale opera per una più approfondita analisi di tali questioni. A tal proposito ricordiamo che il controllo della superiorità dei trattati sulla legge non è un controllo di costituzionalità; la facoltà riconosciuta al giudice di esercitare il controllo in virtù dell'art. 55 non implica che possa valutare la contrarietà di una legge alla Costituzione. Fino alla recentissima riforma, infatti, la costituzionalità di una legge promulgata non poteva essere rimessa in discussione. Una disamina più approfondita di queste questioni è fornita da D. SIMON, *L'arrêt Sarran: dualisme incompréhensible ou monisme inversé?*, in *European Law Review*, 9, 3, mars 1999, pag. 4.

²⁹ A tal proposito, v. M. BOULOUIS, *A propos de l'arrêt Nicolo*, in *Revue Générale de Droit International Publique*, 94, 1990, (pp. 91 - 102), pag. 91.

³⁰ Cfr. P. BON e P. TERNEYRE, *Illégalité de la procédure de fixation des prix des tabacs manufacturés. Responsabilité pour faute de l'Administration du fait d'une loi incompatible avec une réglementation communautaire*, in *Recueil Dalloz*, 1993, (pp. 141 - 149); B. STIRN, *Le Conseil d'État et les juridictions communautaires: un demi-siècle de dialogue des juges*, in *Gazette du Palais*, 2009, (pp. 3 - 7); J.H. STAHL, *L'État ne peut pas se prévaloir à l'encontre des particuliers des dispositions d'une directive qu'il n'a pas transposées*, in *A.J.D.A.*, 1995, (pp. 496 - 500); D. CHAUVAUX, T.X. GIRARDOT, *Conséquences de l'incompatibilité de la législation française en matière de TVA avec le droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 1996, (pp. 980 - 992).

³¹ L'art. 55 impone alla superiorità dei trattati internazionali tre condizioni: l'esigenza di ratifica o approvazione, la pubblicazione e la reciprocità. Le prime due ovviamente non sono applicabili al caso del diritto sovranazionale. Nella sentenza *Nicolo*, il CDE non ha colto l'occasione per affermare che la condizione della reciprocità non si applica al diritto comunitario. L'enunciato di cui all'art. 55 appare del tutto inapplicabile al diritto

La dottrina ha aspramente dibattuto a proposito dell'effettiva portata della sentenza Nicolò, e delle ragioni che hanno indotto il CDE a discostarsi così nettamente rispetto alla giurisprudenza precedente³². Secondo alcune autorevoli voci, si tratta di una pronuncia fondamentale, poiché la possibilità per il giudice nazionale di valutare la compatibilità delle leggi rispetto a fonti di rango superiore conduce necessariamente a considerare qualsiasi forma di incompatibilità come un'illegalità, il che produce un'evidente conseguenza: "*Cette illégalité étant constitutive d'une faute, elle engage donc la responsabilité (pour faute de son auteur), à savoir le législateur*"³³. Questa conclusione è ormai ampiamente accettata, per cui tale sentenza, sebbene non tratti direttamente del tema della nostra indagine, risulta fondamentale a proposito di una questione che si pone come antecedente logico rispetto alla possibilità di far discendere, da una scorretta condotta del legislatore, delle conseguenze in termini patrimoniali.

comunitario derivato, infatti la giurisprudenza civile ed amministrativa, sulla scia del *Conseil Constitutionnel*, hanno progressivamente interpretato tale disposizione in modo da adeguarla alle caratteristiche delle direttive, anche a costo di sovvertirne il portato letterale. Cfr. T. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire: essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, L.G.D.J., Paris, 1995, pag. 190. A proposito dei regolamenti, il *Conseil Constitutionnel*, nelle pronunce n° 77-90 DC del 30 dicembre 1977 ha affermato che queste fonti "*sont la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champs de l'article 55 de la Constitution*". Ne deriva che i regolamenti sono fonti di rango superiore rispetto alle leggi nazionali, e la loro equiparazione ai Trattati è ormai ammessa da tutte le giurisdizioni. La dottrina ha successivamente affermato che il medesimo ragionamento del *Conseil Constitutionnel* deve estendersi alle direttive.

³² A tal proposito, c'è chi sostiene che tale sentenza abbia sancito il punto di arrivo di un percorso che ha visto il giudice assumere un ruolo ed un'indipendenza sempre più importante rispetto alla legge in senso formale, conseguente all'indebolimento della sovranità del legislatore. D'altra parte vi è chi non nega affatto tali fenomeni, ma tende a ridimensionare la portata di tale sentenza, sottolineando che il giudice, anche in questo caso, non ha abbandonato l'atteggiamento di ossequio rispetto al principio di sovranità del legislatore. Parte della dottrina è quindi concorde con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la legge contraria al diritto comunitario non è di per sé illegale, e quindi, sul terreno della responsabilità, deve trovare applicazione il regime "*sans faute*". A tal proposito, v. L. DUBOIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, in *R.F.D.A.*, 3, 1996, (pp. 583 - 601), pag. 583 e ss, spec. pag. 588.

³³ Cit. da G. ALBERTON, *Le législateur français transgressant le Droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable?*, in *A.J.D.A.*, 2006, (pp. 2155 - 2162), pag. 2156.

La sentenza *Boisdet*. Conseil d'État, 24 settembre 1990.

Il caso *Boisdet* ha fornito al CDE l'occasione di estendere la soluzione adottata nella sentenza *Nicolo* ai regolamenti comunitari, riconoscendo anche a tali fonti il primato sulle leggi ordinarie nazionali³⁴.

Per un analogo riconoscimento a proposito delle direttive comunitarie, alle quali il CDE aveva in un primo tempo³⁵ negato la capacità di produrre effetti diretti nel caso in cui lo Stato non avesse assunto alcuna misura per la trasposizione in diritto interno, bisognerà attendere la sentenza "*l'indicateur Lagrange*"³⁶ e poi, definitivamente, le pronunce relative agli "*affaires des tabacs*". Infatti, come vedremo a breve, nel decidere la controversia fra la *Société Rothmans International France* e il Ministro dell'Economia, il CDE ha per la prima volta affermato il primato delle direttive comunitarie su una legge interna posteriore, e lo stesso giorno, nella sentenza *Société Arizona Tobacco*, ha trattato dalla violazione del diritto comunitario le debite conseguenze in tema di responsabilità patrimoniale dello Stato³⁷. Pertanto, in seguito a queste sentenze, in diritto francese è stato definitivamente riconosciuto che il primato non caratterizza solo il diritto comunitario originario, ma anche quello derivato.

³⁴ CE 24 settembre 1990, *Boisdet*, Rec. Leb., 1990, pag. 250. In concreto, la sentenza riguardava l'incompatibilità del regolamento comunitario n° 1035/72 del 18 maggio 1972 con una legge francese del 1980. Il CDE ha affermato il primato del regolamento comunitario sulla legge nazionale posteriore. Ricordiamo, se ce ne fosse bisogno, che i regolamenti comunitari, per entrare in vigore nei rispettivi ordinamenti nazionali, non necessitano di alcuna procedura di recepimento. Per cui, possono entrare in collisione con disposizioni nazionali senza possibilità di filtro o controllo parlamentare. A tal proposito, v. P.M. EISEMANN, *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, La Haya, 1996, pag. 274.

³⁵ CE 22 dicembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec. Lebon, JDI, 1979, pag. 591. Nel caso in questione il giudice amministrativo, in applicazione della teoria dell'"*acte-écran*", si era dichiarato competente a giudicare della conformità a una direttiva di un atto regolamentare ma non di un atto materiale individuale. Di conseguenza, il giudice rigettò il ricorso diretto contro un atto amministrativo materiale contrario al diritto comunitario poiché la direttiva in questione non era stata recepita.

³⁶ CAA de Paris 12 décembre 1989, *L'indicateur Lagrange*, Rec. Leb., 1989, pag. 357.

³⁷ CE (Ass.), 28 febbraio 1992 (2 décisions), *Société anonyme Rothmans International France et Société anonyme Philip Morris France*, Actualité Juridique – Droit Administratif, n° 3, 1992, pag. 210; CE 28 febbraio 1992, *Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France*, Revue de Droit Publique, 1992, pag. 1505.

La sentenza Arizona Tabacco. Conseil d'État, 28 febbraio 1992.

Con la sentenza Alivar, il giudice aveva applicato, in un caso di violazione del diritto comunitario da parte dell'amministrazione, il regime francese di responsabilità senza colpa. Tale scelta fu ampiamente criticata dalla dottrina, che mise in luce i numerosi e importanti difetti di tale impostazione; sicuramente tali autori influirono sull'impostazione adottata dai giudici amministrativi e, soprattutto, sulle pronunce del massimo organo giurisdizionale amministrativo. Infatti, la sentenza Alivar non ebbe seguito, e a partire dalle pronunce successive, fu pacificamente ammesso che la responsabilità dell'amministrazione potesse essere dichiarata in termini di colpa³⁸.

Il regime di responsabilità per colpa si impose progressivamente nei casi di “*manquements*” imputabili all'amministrazione, e fu per la prima volta applicato dal CDE nella sentenza Arizona Tabacco. In questo caso il giudice, pur non facendo mai espresso riferimento alla “*faute*”, affermò che il mancato rispetto di una direttiva comunitaria da parte di un atto amministrativo costituisce un'illegalità: “*Ainsi, lorsque le requérant parvient à démontrer une faute de l'administration au regard du droit communautaire, le juge administratif engage la responsabilité de celle-ci. En revanche, les requérants incapables de prouver l'illégalité fautive de*

³⁸ A tal proposito richiamiamo a titolo di esempio: CGCE 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff. 197/84, Rec. pag. 1819. Il tribunale amministrativo di Dijon sanzionò la condotta delle amministrazioni doganali contraria al principio di libera circolazione delle merci; TA Dijon, 15 avr. 1986, *Société vinicole Bérard*, Rec. pag. 311. La corte amministrativa d'appello di Nantes, analogamente, sanzionò i ritardi dovuti a controlli ed esami intempestivi di lotti di vino provenienti dall'Italia; CAA Nantes, 20 juin 1991, *Société Druault*, Rec. pag. 742; A.J.D.A., 1992, pag. 171. I giudici di merito non hanno esitato ad aprire questa via, e sono stati in fine raggiunti dal CDE, che nel caso Aubin del 20 giugno 1988 dichiarò la responsabilità per colpa dell'amministrazione per aver fornito informazioni errate o incomplete agli amministratori. CE, 20 giugno 1988, *Aubin*, Rec. pag. 20, A.J.D.A., 1988, pag. 419, note X. Prétot; J.C.P., 1989, II, 21169, note Moderne; R.T.D.E., 1989, pag. 686, note V. Constantinesco. Il CDE ha dichiarato che, a causa della mancata informazione da parte dell'amministrazione di un soggetto a proposito dei suoi diritti relativi all'indennità di disoccupazione, l'amministrazione francese (in particolare, la *Direction départementale du travail et de l'emploi di Yvelines*) ha “*commis une faute qui a fait perdre à l'intéressé des droits qu'il avait d'obtenir, en France, des indemnités de chômage*”. Dunque, ha condannato lo Stato a risarcire il ricorrente dei danni equivalenti al complesso delle indennità di disoccupazione che gli spettavano in virtù delle regolamentazioni applicabili, nel limite di quanto richiesto, davanti al Tribunale amministrativo di Versailles.

*l'administration à leur égard ne sont pas fondés à demander la mise en cause de la responsabilité de l'administration pour faute*³⁹.

Tale caso è uno dei più conosciuti dagli amministratori (non solo francesi) anche perché, al fine di soddisfare le esigenze comunitarie senza rivoluzionare il regime nazionale di responsabilità, ha cercato di “*généraliser la thèse de l'innocence du législateur et de la culpabilité de l'administration*”⁴⁰. Nel caso in questione, il giudice amministrativo si trovava nella delicata situazione di dover applicare il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario all'attività legislativa⁴¹. Questione particolarmente complessa, poiché, secondo il

³⁹ Cit. da NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, pag. 465. L'autore richiama, a proposito di un rifiuto illegale opposto ad una domanda di importazione, la sentenza CE, 30 janv. 1995, *Société Fourrures Maurice*, Rec. pag. 54. A proposito di un caso in cui i ricorrenti non riescono a dimostrare la colpevole illegalità del comportamento dell'amministrazione, v. CE, 28 juin 1995, *Société des établissements Lefebvre*, n. 126728.

⁴⁰ CE (Ass.), 28 febbraio 1992 (2 décisions), *Société anonyme Rothmans International France et Société anonyme Philip Morris France*, Rec., pag. 81; *Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France*, Rec., pag. 78.

⁴¹ La controversia verteva sull'incompatibilità fra il diritto comunitario e la disciplina francese relativa alle procedure di fissazione dei prezzi di vendita al dettaglio di tabacchi lavorati. Il CDE fu chiamato a pronunciarsi sul ricorso da parte di alcuni soggetti rispetto ad un decreto ministeriale (decreto adottato il 31 dicembre 1976) che, in virtù di un atto applicativo della legge 24 maggio 1976, fissava il prezzo del tabacco. Secondo gli attori tale legge era contraria al diritto comunitario, e, in particolare, alla direttiva del 19 dicembre 1972, che aveva istituito un regime di prezzi di vendita liberamente fissati dai fabbricanti e dagli importatori. Per recepire tale direttiva, il legislatore francese aveva approvato la legge n° 76-448 del 24 maggio 1976 che manteneva il monopolio della vendita al dettaglio in capo all'amministrazione, e che non modificava il potere del Ministro competente di fissare il prezzo di vendita al dettaglio. Il decreto applicativo di questa legge prevedeva che i prezzi di vendita al dettaglio del tabacco fossero definiti dal ministero dell'economia, delle finanze e del *budget*. I ricorrenti sostenevano che i prezzi fissati dal ministro, calcolati unicamente in funzione del mercato francese, fossero troppo bassi. A fronte di una disciplina nazionale che imponeva che il prezzo fosse determinato discrezionalmente dal ministro competente, gli attori richiedevano l'annullamento delle decisioni ministeriali che avevano rifiutato di aumentare il prezzo di vendita del tabacco. Nel 1983, la Corte di giustizia dichiarò che la legge francese era incompatibile con il diritto comunitario (CGCE, 21 giugno 1983, *Commission c. République française*, aff. 90/92, Rec. P. 2011). Il CDE si pronunciò una prima volta con la sentenza *Société internationale Sales and Import* del 13 dicembre 1985, ovvero in un'epoca in cui il CDE non aveva ancora abbandonato la teoria dell'*écran législatif*, rigettando le pretese. Nel 1992, chiamato a pronunciarsi a proposito di una richiesta, avanzata da altri soggetti, di risarcimento del danno derivante da misure ministeriali analoghe rispetto alla prima controversia, il giudice francese accordò il risarcimento per illegalità degli atti ministeriali assunti in applicazione di un decreto sprovvisto di base giuridica. Il mutamento di orientamento da parte del CDE deve essere analizzato, come segnala la dottrina, in primo luogo alla luce delle distinte pretese avanzate dalle parti. Nel secondo caso, infatti, il giudice non fu chiamato solamente a decidere della sopravvivenza o meno di un atto, ma dovette identificare il soggetto pubblico responsabile del danno conseguente all'illegalità dell'atto. Il giudice fu quindi costretto a considerare la incompatibilità della legge con il diritto comunitario, e quindi ripercorrere tutte le tappe che hanno portato

diritto interno, la condotta del legislatore poteva tuttalpiù condurre ad un indennizzo per responsabilità senza colpa. Di fronte all'evidente contraddizione, cui dedicheremo ampio spazio, fra paradigma comunitario e paradigma nazionale, il CDE optò per una soluzione eclettica, che assicurò il rispetto del diritto comunitario senza turbare gli assestati principi relativi alle prerogative del legislatore nazionale: il giudice sostenne che la violazione del diritto comunitario fosse effettivamente imputabile al legislatore, ma che il fatto generatore del pregiudizio risiedesse nell'illegalità degli atti amministrativi di applicazione della legge⁴². Questa teoria, detta del “*règlement-écran*”⁴³, ebbe grande successo, tanto che ancora attualmente vi si fa ricorso per ridurre il più possibile le ipotesi di responsabilità del legislatore, tramite un parallelo allargamento delle ipotesi di responsabilità dell'amministrazione⁴⁴. In questo modo la previsione di una responsabilità in capo all'amministrazione derivante dall'applicazione di una legge incompatibile con il diritto comunitario può, in qualche modo, assicurare l'equilibrio fra le prescrizioni comunitarie e la riluttanza, a livello nazionale, a riconoscere la responsabilità del legislatore.

Se, da un lato, il CDE ha rifiutato di riconoscere la responsabilità per colpa per fatto del legislatore, dall'altro ha ammesso che la legge incompatibile col diritto comunitario ha esercitato un'influenza preponderante sulla legalità degli atti amministrativi che, se non costituisce il fatto generatore del danno, rappresenta, comunque, il principale elemento di diritto interno che ha concorso alla sua realizzazione. Il giudice francese, tuttavia, sostiene che l'illegalità della decisione amministrativa non derivi

all'atto amministrativo illegale, e quindi considerare, in primo luogo, l'atto normativo contrario al diritto comunitario.

⁴² In questo modo, “*le fait générateur du préjudice se trouve dans un acte réglementaire (le décret de 1976 habilitant le ministre à fixer le prix des tabacs manufacturés) et non dans une loi. Si la loi de 1976, qui pose le principe du prix unique des tabacs manufacturés, avait été à l'origine du préjudice, alors le régime de la responsabilité du fait des lois, responsabilité sans faute, aurait dû s'appliquer*”. Cit. da HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, pag. 477.

⁴³ Formula coniata da L. DUBOIS, *Directive communautaire et loi française: primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donnée de ses dispositions*, in *R.F.D.A.*, 8, mai-juin 1992, (pp. 425 - 433), pp. 425-433.

⁴⁴ Cfr. G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité au regard du droit communautaire*, in *R.F.D.A.*, 1997, (pp. 1017 - 1038).

direttamente dall'applicazione di una legge incompatibile con il diritto comunitario, perché se così fosse, il giudice riconoscerebbe, quanto meno implicitamente, la colpa del legislatore. Invece, "*l'illégalité résulte de ce que l'administration a appliqué une disposition législative qui est inapplicable parce qu'inconventionnelle*"⁴⁵. Questa scelta è espressa chiaramente dal giudice francese, che cerca di tenere il più possibile distinte le nozioni di contrarietà della legge al diritto comunitario ed illegalità amministrativa. Per questa ragione, si riferisce all'atto normativo contrario al diritto comunitario come atto "*dont il y a lieu d'écarter l'application*", in modo da indicare la causa della mancanza di base legale del decreto⁴⁶.

La sentenza Dangeville. Conseil d'État, 30 ottobre 1996.

Nella sentenza Dangeville, del 30 ottobre 1996⁴⁷, il CDE fu chiamato a pronunciarsi sulla domanda del Ministro dell'Economia tesa all'annullamento di una sentenza della Corte amministrativa d'appello di Parigi⁴⁸. Quest'ultima aveva condannato lo Stato francese a versare una somma a titolo di risarcimento alla società Jacques Dangeville per i danni che questa aveva subito in seguito all'applicazione di disposizioni

⁴⁵ Cit. da *Ibidem*, pag. 258.

⁴⁶ Nelle sue conclusioni alla sentenza Rothmans, Philip Morris del 28 febbraio 1992, Martine Laroque segnala che le autorità amministrative "*doivent, dans l'exercice du pouvoir réglementaire, appliquer une nouvelle hiérarchie des normes*", e che "*si elles ne s'y conforment pas, elles commettent (...) une illégalité de nature à engager la responsabilité de l'État*". Cit. da CE, 28 febbraio 1992, *Soc. Rothmans, Philip Morris*, A.J.D.A., 1992, pag. 210, concl Laroque. V. BROYELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, pag. 275 e ss.; V. anche H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers – Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 1992, (pp. 619 - 642), pag. 619 e, specialmente, pag. 636.

⁴⁷ CE (Ass.), 30 ottobre 1996, *Ministre du budget c. Société Jacques Dangeville*, Rec., pag. 399; RTD Eur 1997, pag. 171 et s. A tal proposito, v. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français: Conseil Constitutionnel, Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour Européenne des Droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 1998.

⁴⁸ Si trattava del *Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État*. Nel testo abbiamo usato il termine "Ministro dell'Economia", perché riveste funzioni analoghe a quelle proprie del dicastero che nella maggior parte dei paesi è conosciuto con tale espressione; tuttavia, segnaliamo che in Francia esiste anche un *Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, con funzioni e competenze diverse.

legislative incompatibili con la VI direttiva sulla TVA⁴⁹. Una delle disposizioni della direttiva, che doveva essere recepita entro il primo gennaio 1978, prevedeva l'esonero della tassa sul valore aggiunto per le operazioni di assicurazione e riassicurazione, comprese le prestazioni di servizi effettuati da *broker* e intermediari⁵⁰. La società Dangeville, in primo grado, si era vista respingere il ricorso dal *Tribunal administratif de Versailles*, che motivava il giudizio affermando che, trattandosi di una condotta del legislatore, non poteva che applicarsi il regime di responsabilità senza colpa, ma che questo richiedeva che il danno lamentato rivestisse il carattere di "specialità" non ravvisabile nel caso specifico. La società appellò tale sentenza e la Corte amministrativa d'appello, pur senza richiamare la nozione giuridica di "colpa", si pronunciò in termini opposti rispetto alla sentenza di primo grado, adottando una posizione più rispettosa della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale giudice constatò, in primo luogo, che le disposizioni di diritto interno erano incompatibili con gli obiettivi della VI direttiva, e quindi accordò il risarcimento del danno identificando il fatto generatore della responsabilità nel comportamento del legislatore. Tale decisione, motivata da un lato dalla recente giurisprudenza del CDE a proposito dell'*affaire des tabacs* e, dall'altro, dalla recentissima sentenza Francovich della

⁴⁹ CAA Paris (Ass.), 1 luglio 1992, *Société Jacques Dangeville*, Dr. Fisc. 1992, n° 1665. Più precisamente, la controversia discendeva dalla incompatibilità del *Code général des impôts* con la sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *Gazzetta ufficiale* n° L 145 del 13/06/1977, pp. 0001 – 0040.

⁵⁰ Obbligato a pagare una tassa dalla quale avrebbe dovuto essere escluso in applicazione della direttiva, lo studio Jacques Dangeville, intermediario assicurativo, in seguito al rigetto di una previa domanda presentata all'amministrazione fiscale, promosse in sede giurisdizionale un'azione ai fini dell'ottenimento dello sgravio fiscale. Di fronte al rigetto da parte del Tribunale Amministrativo di primo grado (CE 19 marzo 1986, *SA Jacques Dangeville*, Rec. Leb., 1986), lo studio Dangeville si rivolse al CDE. Tale giudice, pronunciandosi come giudice di appello, nel 1986 rigettò la domanda, poggiandosi sul consolidato orientamento giurisprudenziale che rifiutava di disapplicare una legge interna contraria a una direttiva. Lo studio Dangeville allora promosse un'azione di responsabilità dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi, che con sentenza del 23 maggio 1989 rigettò la domanda perché la mancanza di anomalità e specialità del pregiudizio impediva la configurazione di una responsabilità senza colpa. A questo punto, lo studio Dangeville adì il tribunale amministrativo d'appello di Parigi, che con sentenza del 1 luglio 1992 constatò in primo luogo, che il recepimento della direttiva non era stato eseguito entro il termine prescritto (*CAA de Paris*, 1 luglio 1992, Rec. Leb., 1992, pag. 558), e concluse affermando la responsabilità dello Stato per fatto del legislatore.

Corte di giustizia, fu oggetto di un acceso dibattito dottrinale. Da una parte vi fu chi sottolineò come quest'evoluzione conducesse ad un rafforzamento dello stato di diritto, mentre dall'altra vi fu chi continuò a sostenere la tesi tradizionale, secondo cui il principio stesso di responsabilità del legislatore era incompatibile con il dogma dell'infallibilità del legislatore in quanto rappresentante della sovranità nazionale⁵¹.

Il CDE, chiamato a giudicare sul ricorso in Cassazione rispetto alla sentenza d'appello⁵², con pronuncia del 30 ottobre 1996 la cassò considerando irricevibile l'azione di indennità. Il giudice, in questo modo, ha evitato di pronunciarsi direttamente circa la configurabilità di una responsabilità per colpa del legislatore. Ciò che appare evidente è che il CDE abbia preferito evitare di porsi in una logica di controllo di compatibilità della legislazione nazionale con la direttiva comunitaria, e di trarne le conseguenze in tema di responsabilità patrimoniale dello Stato. Pertanto, l'imputazione all'amministrazione di una violazione attribuibile al legislatore è connessa ad una sorta di ipocrisia giuridica⁵³ dai caratteri piuttosto discutibili, poiché in tal modo il potere esecutivo può essere dichiarato responsabile per non aver messo in atto delle misure esorbitanti rispetto alla sua sfera di competenza. Si tratta di un'evidente contraddizione, che si rivela in tutta la sua ampiezza nel caso di incompatibilità del diritto nazionale con disposizioni comunitarie sprovviste di effetto diretto, del cui recepimento il legislatore ha la competenza esclusiva. In caso di mancato adeguamento del diritto nazionale al diritto comunitario, l'obbligo dello Stato di risarcire i danni conseguenti al suo inadempimento non dovrebbe essere messo in discussione. Se il recepimento della direttiva deve avvenire tramite regolamento, spetterà al

⁵¹ La prima tesi è sostenuta in D. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique: glissements progressifs ou révolution tranquille?*, in A.J.D.A., 1993, (pp. 235 – 243), pag. 235 e ss. D'altro canto, una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che il dovere di disapplicare una legge da parte di un giudice non investe la questione della sua validità, e che il controllo della validità delle leggi è riservata solo e soltanto al *Conseil constitutionnel*, e non ai giudici ordinari. Tale tesi è espressa in X. PRÉTOT, *Note sous l'arrêt Sté. Jacques Dangeville*, in A.J.D.A., 11, 1992, pag. 768.

⁵² Tale sentenza era particolarmente attesa in particolare perché, come sappiamo, la Corte di giustizia era nel frattempo intervenuta nuovamente nella costruzione della figura della responsabilità del legislatore con la sentenza *Brasserie du Pêcheur*.

⁵³ A tal proposito, v. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique cit.*, pag. 235 e ss., specialmente pp. 241-242.

potere regolamentare allineare il diritto nazionale alle esigenze comunitarie. Se invece il legislatore è l'unico a poter intervenire per recepire la direttiva, la sua responsabilità dovrà essere riconosciuta.

La sentenza Magiera. Conseil d'État, 28 giugno 2002.

Una nuova tappa è stata inaugurata con la sentenza Magiera del 28 giugno 2002, in seguito alla sistematica condanna della Francia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione del diritto ad un equo processo nel caso di eccessiva durata del procedimento. La sentenza Magiera ribaltò il precedente costituito dalla sentenza Darmont, che escludeva la responsabilità dello Stato quando il danno lamentato derivasse dal contenuto di una sentenza passata in giudicato e che, in caso di ritardo eccessivo del giudicato, consacrava la necessità di provare la colpa grave⁵⁴. La sentenza Magiera, che riguarda un tema estraneo rispetto all'oggetto di questo lavoro, rileva in quanto richiamata dalla sentenza Gestas, in cui il CDE ha per la prima volta fatto riferimento all'illecito comunitario per fatto del giudice, affermando che *"la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers"*⁵⁵.

⁵⁴ La giurisprudenza Darmont, nata dalla necessità di colmare le lacune lasciate dalla legge 5 luglio 1972 che disciplinava solo la responsabilità per fatto del servizio pubblico della giustizia ordinaria, prevedeva, per l'esercizio dell'azione, delle condizioni particolarmente restrittive. La responsabilità dello Stato per fatto del servizio pubblico della giustizia amministrativa era condizionata all'esistenza di una colpa grave e, inoltre, era impossibile invocarla nel caso in cui l'illecito risultasse dal contenuto di una decisione divenuta definitiva. Per un maggior approfondimento di tali questioni generali, v. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, pag. 1300 e ss.

⁵⁵ Sentenza CE, del 18 giugno 2008, *Gestas*, n° 295831. Nel caso in questione, un soggetto lamentava di aver sofferto un danno causato dalla durata eccessiva di un processo e dalla condotta della giurisdizione amministrativa, caratterizzata, secondo le allegazioni dell'attore, da diversi elementi denotanti colpa grave. A proposito della prima pretesa, il giudice accordò un risarcimento all'imputato applicando la giurisprudenza Magiera. Circa il secondo motivo, il CDE ha affermato che *"en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est*

Il giudice amministrativo, sotto l'impulso della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁶, ha previsto un regime speciale di responsabilità in caso di irragionevole ritardo nel giudicare. Il CDE, nella sentenza Magiera ha stabilito che una colpa semplice è sufficiente ad ingenerare la responsabilità dello Stato per fatto del funzionamento difettoso del servizio pubblico della giustizia⁵⁷.

La sentenza Schop. Conseil d'État, 12 gennaio 2004.

Il caso riguardava una società francese che importava in Francia dei funghi lavorati provenienti dall'Olanda. Nel 1986, i prodotti di questa società erano stati oggetto di controllo da parte dell'autorità competente ai fini dell'accertamento della conformità con la disciplina in vigore. Tali operazioni di controllo diedero luogo a una causa conclusa nel 1992 con un'ordinanza di archiviazione, in seguito confermata dalla Corte d'appello di Parigi e poi dalla *Court de Cassation*. La società francese importatrice, così come la società olandese, lamentavano gravi perdite derivanti da tali controlli. In particolare, consideravano che la disciplina francese applicabile in materia imponesse misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, proibita dall'art. 28 Trattato CE. Di conseguenza, promossero un'azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario davanti al tribunale amministrativo di Parigi. Il giudice, tuttavia, considerò, secondo un orientamento poi confermato dalla Corte amministrativa d'appello di Parigi, che la giurisdizione amministrativa non fosse competente. La sentenza del CDE confermò tale decisione, allineandosi, in questo modo, sia all'orientamento della giurisprudenza amministrativa francese, sia all'orientamento del

susceptible d'ouvrir droit à indemnité; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers".

⁵⁶ In particolare in seguito alle sentenze *Kudla c/ Pologne* e *Lutz c/ France* (CEDH, 26 ottobre 2000, n° 30210/96; CEDH, 26 marzo 2002, n° 48215/99).

⁵⁷ CE, ass., 28 giugno 2002, n° 239575: *Juris Data* n° 2002-063993, *Rec. CE* 2002, pag. 248.

giudice comunitario, che, come noto, è costante nel sostenere che lo Stato è tenuto a risarcire le conseguenze del danno causato tramite l'applicazione dei rispettivi regimi nazionali di responsabilità⁵⁸.

A tal proposito, il CDE ha seguito il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nel momento in cui viene esercitata un'azione per responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, l'atto al quale è imputabile tale violazione è quello più prossimo alla vittima. Nel caso in questione, il fatto generatore del pregiudizio lamentato era costituito dalle operazioni dei servizi per la repressione delle frodi, anche se queste erano state esercitate per tutelare il rispetto di un atto regolamentare. Ne derivavano conseguenze a proposito della qualificazione del giudice competente: si trattava di operazioni il cui fine consisteva nell'individuazione di un reato, e secondo una consolidata giurisprudenza, solo la giurisdizione ordinaria era competente a conoscere dell'azione di responsabilità derivante da tali operazioni di controllo⁵⁹. Tuttavia, è stato sottolineato che in casi di questo genere un intervento del giudice amministrativo non sia completamente da escludere, poiché si tratta di un'azione che implica necessariamente una valutazione sulla validità della disciplina francese in relazione all'art. 28 del Trattato CE⁶⁰.

⁵⁸ Sentenza CGCE, 5 marzo 1996, n° C-46-93 C-48-93, p ar. 67. Nel capitolo 3 abbiamo segnalato il fatto che, in applicazione del principio di autonomia istituzionale e processuale, i soggetti che si presumono danneggiati, nel momento in cui adiscono un giudice, devono rispettare il regime nazionale di riparto di competenze. In ogni caso, la dottrina ha più volte sottolineato il fatto che l'autonomia degli Stati membri non equivale ad una totale impermeabilità rispetto al diritto comunitario. A proposito del caso francese, v. P. CASSIA, *Droit administratif français et droit de l'Unione européenne*, in *R.F.D.A.*, 2, mars avril 2009, (pp. 343 – 350).

⁵⁹ A tal proposito, v. CE, sect., 10 févr. 1984, n° 2 7031, *Min. Agriculture c/ Sté Les fils de Henri Ramel*. Juris-Data n°1984-040310; Rec. CE 1984, pag. 54.

⁶⁰ Quindi, in definitiva, si tratta di un caso che potrebbe essere stato giudicato sia dal giudice ordinario sia dal giudice amministrativo, competente in ogni caso a giudicare circa la validità dell'atto regolamentare che disciplina l'attività di controllo rispetto al diritto comunitario. Tale elemento è opportunamente sottolineato da D. KATZ, *La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire ne relève pas nécessairement de la compétence du juge administratif*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 21, 2004, (pp. 709 - 710), pag. 710.

La sentenza SA Fontanille. Tribunal Administratif de Clermont – Ferrand, 23 settembre 2004.

Tale sentenza è particolarmente significativa poiché è stata la prima in cui un tribunale francese ha espressamente ammesso, richiamando l'art. 55 della Costituzione, "*la faute du pouvoir législatif du fait de l'adoption de lois qui ne seraient pas compatibles avec les stipulations d'un traité*". La pronuncia riguardava il sensibile tema degli aiuti di Stato e, in particolare, l'attività di recupero di erogazioni incompatibili con il diritto comunitario. Nel caso in questione il diritto comunitario era violato dall'art. 99 della legge 96-314 del 16 aprile 1996 relativa a diverse disposizioni di ordine economico e finanziario contro la costante diminuzione di posti di lavoro nel settore dell'abbigliamento, del cuoio, delle calzature e del tessile (c.d. "*Plan Borotra*"⁶¹). Questo articolo prevedeva la possibilità per lo Stato, in via sperimentale fino al 31 dicembre 1997, di stipulare delle convenzioni-quadro relative al mantenimento e allo sviluppo dell'impiego mediante una riduzione supplementare dei carichi sociali sulla base salariale rispetto alla misura generale di riduzione applicabile a tutto i settori dell'economia in virtù dell'articolo 1 della legge n. 95-882 del 4 agosto 1995⁶². La ricorrente era una delle società che avevano beneficiato dell'aiuto illegale e che quindi erano tenute all'obbligo di rimborso⁶³. Il 26 giugno 1996 tale società aveva stipulato, in applicazione del dispositivo dell'art. 99 della legge del

⁶¹ Dal nome del ministro che lo aveva approvato. Per una completa disamina di tale sentenza, ed una critica relativa alle sue possibili ripercussioni, v. M. DISANT, *Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible. Réflexions autour de la responsabilité de l'État du fait de l'attribution des aides publiques illégales dans l'affaire "Borotra"*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, (pp. 547 - 563).

⁶² Legge relativa a misure d'urgenza per l'impiego e la sicurezza sociale, modificato con la legge finanziaria del 1996.

⁶³ Il Tribunale amministrativo di Grenoble aveva in precedenza già giudicato una controversia che vedeva come parte attrice un'impresa beneficiaria, che agiva contro lo Stato allo stesso tempo come legislatore (per la legge adottata dall'*Assemblée nationale*) e come potere esecutivo (decreto del Governo). Tale azione era stata tuttavia rigettata per mancanza di prova sul nesso di causalità fra il danno lamentato (dovuto al ritardo in un processo di delocalizzazione) e la violazione del diritto comunitario. *Tribunal Administratif de Grenoble*, 15 ottobre 2003, *Stéphane Kélian*, inédit. Tale caso è analizzato, fra gli altri, in J.Y. CHEROT, J. DERENNE, *Deuxième application en France de la reconnaissance de la responsabilité de l'État à l'égard du bénéficiaire de l'aide d'État qui lui a été octroyée en violation des dispositions de l'article 88, paragraphe 3, CE*, in *Concurrences*, 2, 2006, (pp. 128 – 130).

12 aprile 1996, una convenzione con lo Stato che concedeva delle riduzioni dei carichi sociali a condizione di ritardare la delocalizzazione di certe unità produttive (di fabbricazione e supporto) per tutto il periodo di applicazione del programma⁶⁴.

La Commissione Europea dichiarò l'incompatibilità del progetto di legge con le disposizioni dell'art. 87 del trattato CE e impose al governo francese di interrompere l'erogazione degli aiuti assegnati e di farsi restituire quelli già concessi⁶⁵. In seguito, la Corte di giustizia rigettò la domanda della Repubblica francese volta all'annullamento della decisione, per cui lo Stato risultò responsabile per i danni risultanti non solo dal rimborso degli aiuti percepiti, ma anche dal ritardo delle operazioni di delocalizzazione inevitabili senza riduzione dei carichi sociali⁶⁶.

Il Tribunale Amministrativo di Clermont Ferrand ha dedotto il principio di responsabilità per colpa del legislatore basata sulla violazione del diritto comunitario dal combinato disposto dell'art. 55 Cost.fr. e dall'art. 10 del Trattato CE⁶⁷: l'obbligo di risarcimento, da parte dello Stato, dei danni

⁶⁴ Secondo il programma, tale condizione doveva essere soddisfatta anche a costo di sostenere una costante diminuzione del margine lordo sui prodotti fabbricati. Nel caso concreto, la riduzione dei carichi sociali corrispondeva ad una somma totale di 199364,90 euro.

⁶⁵ Trattandosi di una legislazione che mirava ad concedere aiuti economici alle imprese francesi tramite l'impiego di risorse statali, la sua approvazione richiedeva una preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea, ai sensi dell'art. 88 del Trattato CE relativo alla procedura di controllo di compatibilità con il mercato comune. Lo Stato francese, che il 26 marzo 1996 aveva notificato le misure di alleggerimento dei carichi sociali, non aveva rispettato l'obbligo di attesa del risultato della procedura d'esame ex art. 88 TCE, esponendosi deliberatamente al rischio di dover interrompere l'erogazione degli aiuti accordati e di recuperare quelli già versati ai beneficiari. Il progetto di legge sugli aiuti economici nel settore dell'abbigliamento, del cuoio, delle calzature e del tessile, fu definitivamente approvato dal Parlamento il 28 marzo 1996 (solo due giorni dopo la notifica alla Commissione) che il governo applicò con il decreto del 17 giugno 1996, entrato in vigore il 30 giugno dello stesso anno, quindi quasi un anno prima della decisione della Commissione europea, resa il 9 aprile 1997 e notificata il 5 maggio. La successione cronologica degli atti, necessaria al fine di comprendere la natura della violazione del diritto comunitario, è descritta in J. DERENNE, *Aides d'État et juge national: Indications préliminaires de l'étude commanditée par la Commission européenne*, in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, 1, 2006, (pp. 86 - 95), pag. 89.

⁶⁶ Sentenza CGCE 5 ottobre 1999, *France c/ Commission Européenne*, aff. N. C-251/97, Rec. P. I-6639.

⁶⁷ Nel caso di specie, la società allegava: la responsabilità per colpa del legislatore francese per l'approvazione di una disposizione incompatibile con l'art. 87 del Trattato CE; la responsabilità senza colpa dello Stato dipendente dalle convenzioni internazionali per il danno grave e speciale occorsogli in seguito all'applicazione dell'art. 88 comma 3 del Trattato; la colpa del Primo ministro nell'approvare il 26 luglio 1999, il decreto di applicazione del dispositivo istituito dall'art. 99 della legge del 12 aprile 1996, senza

causati ai cittadini per l'incompatibilità di una legge interna con il diritto comunitario, era fondato sul principio di supremazia della norma internazionale sulla norma interna, e dell'obbligo "*d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté*".

A tal proposito, la dottrina ha opportunamente segnalato che il CDE in questo modo non ha ripreso la giurisprudenza della Corte di giustizia, che, come sappiamo, fonda l'obbligo di risarcimento in capo agli Stati membri sul primato dell'ordinamento comunitario e sull'obbligo di leale collaborazione⁶⁸; piuttosto, il CDE si è mantenuto fedele all'orientamento espresso nella giurisprudenza Nicolo, secondo la quale la prevalenza del Trattato sulla legge nazionale posteriore si fonda sull'art. 55 della Costituzione e non sulla specificità dell'ordinamento comunitario, che impone la supremazia di quest'ultimo in caso di conflitto con il diritto nazionale⁶⁹.

Il CDE, pertanto, ha continuato a rifiutarsi di ammettere, secondo la formula consacrata dal giudice comunitario, che con l'adesione alle Comunità e poi all'Unione europea, lo Stato francese si sia impegnato a limitare definitivamente i suoi diritti sovrani in favore dell'ordinamento giuridico comunitario. Orientamento, peraltro, che non trova rispon

attendere che la Commissione Europea si fosse definitivamente pronunciata sul carattere di aiuti di Stato di dette misure; la responsabilità contrattuale dello Stato dovuta al mancato adempimento dei suoi obblighi. Il Tribunale amministrativo di Clermont Ferrand ha considerato, a giusto titolo, che il governo, e precisamente il Primo Ministro, era tenuto, in ossequio all'art. 88.3 del Trattato CE, ad attendere l'intervento della decisione della Commissione Europea prima di approvare il decreto di applicazione della legge relativa agli aiuti per il settore dell'abbigliamento, ecc. Se avesse rispettato quest'obbligo, la società ricorrente non avrebbe stipulato la convenzione incompatibile con l'art. 87 CE e, di conseguenza, non avrebbe subito i danni derivanti da tale incompatibilità. Il tribunale non poteva che constatare l'esistenza di una colpa tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto comunitario (oltre alla responsabilità contrattuale).

⁶⁸ Cfr. C. WEISSE MARCHAL, *La reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'État législateur en cas de violation du droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 7, 2005, (pp. 385 - 390), pp. 388 - 390.

⁶⁹ In particolare, il giudice valuta che l'ampio margine di apprezzamento per operare scelte normative e il fatto che l'art. 87 CE non riconosca diritti in capo ai cittadini, impediscano di ravvedere una responsabilità per colpa del legislatore. Tale valutazione è stata aspramente criticata dalla dottrina, che segnala la presenza di una violazione collegata al mancato rispetto dell'art. 88, par. 3 TCE; a tal proposito, v. DERENNE, *Aides d'État et juge national: Indications préliminaires de l'étude commanditée par la Commission européenne cit.*, pag. 90.

nella giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, che è costante nel riconoscere la specificità del diritto dell'Unione europea e la sua supremazia sul diritto interno⁷⁰.

Inoltre, il fatto che la responsabilità per colpa del legislatore sia fondata esclusivamente sull'art. 55 della Costituzione implica, come ulteriore conseguenza, la sua applicazione a seguito di incompatibilità del diritto nazionale con qualsiasi norma di diritto internazionale convenzionale classico. Per questa ragione, il giudice richiama, seppur a titolo complementare, il fondamento dell'art. 10 del Trattato CE. Con tale pronuncia il CDE si discosta dalla giurisprudenza precedente poiché non applica il principio del *règlement-écran*, che come noto implicava uno slittamento dell'imputazione dal legislatore all'amministrazione⁷¹.

A tal proposito, riteniamo opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive. Intanto, sottolineiamo preliminarmente che, nel caso in cui sia dichiarata l'incompatibilità di un aiuto attribuito illegalmente, sorgerà l'obbligo di risarcimento delle somme illegalmente erogate. Inoltre, la dottrina segnala che la funzione del giudice nazionale viene in tale ipotesi parzialmente modificata, nel senso che "*il n'est plus juge de la légalité communautaire de l'aide, mais juge de l'exécution de l'ordre de récupération*"⁷². I profili problematici, in questo caso, coinvolgono anche il regime applicabile, dato che gli attori agiscono richiamando, parallelamente, la responsabilità contrattuale dello Stato stipulante la Convenzione, la ripetizione dell'arricchimento senza causa ottenuto dal soggetto pubblico conseguente alle prestazioni eseguite dai privati, la

⁷⁰ A tal proposito, cfr. S. PINON, *Les démêles du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de "primauté" du droit communautaire*, in A.J.D.A., 20, 9, 2008, (pp. 1077 - 1081). Cons. Cost. 10 giugno 2004, n° 2004-505 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, A.J.D.A. 2004, pag. 1534, note J. Arrighi de Casanova, pag. 1537, note M. Gautier et F. Melleray, pag. 1937, note D. Chamussy; Cons. Const. 10 juillet 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*; Cons. Const. 24 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, A.J.D.A. 2005, pag. 21, note O. Dord et pag. 219, note D. Chamussy.

⁷¹ Infatti, il giudice ha affermato che "*lorsqu'une violation du droit international est imputable au législateur national, l'État est (alors) susceptible d'engager sa responsabilité sur le fondement d'une faute de pouvoir législatif du fait de l'adoption de lois qui ne seraient pas compatibles avec les stipulations d'un traité*".

⁷² Cit. da DISANT, *Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible cit.*, pag. 548.

responsabilità extracontrattuale, così come la responsabilità dello Stato fondata sulla violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri.

La sentenza Gardedieu. Conseil d'État, dell'8 febbraio 2007⁷³.

Tale sentenza ha consacrato ufficialmente il principio di responsabilità per colpa dello Stato per atto legislativo contrario al diritto internazionale convenzionale. Nel caso di specie, il CDE si è espresso circa l'azione promossa da un soggetto che lamentava di aver subito un danno a seguito dell'approvazione di una legge contraria rispetto alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁴. Nel caso in questione non vi era, tuttavia, alcun regolamento applicativo⁷⁵; per cui, il giudice si trovò di fronte al dovere di rendere giustizia sulla questione dell'incompatibilità della legge con il diritto comunitario e sulla questione della responsabilità dello Stato in quanto legislatore. Il CDE in questo caso ha esplicitamente riconosciuto il diritto del soggetto danneggiato ad ottenere dallo Stato – legislatore una somma a titolo di risarcimento del danno⁷⁶.

Questa sentenza costituisce una nuova tappa nel processo di costruzione dello stato di diritto comunitario, da un lato e, dall'altro, nella diversificazione dei fondamenti della responsabilità amministrativa. Infatti, con *l'arrêt Gardedieu*, il giudice sembra introdurre, seppur tramite una redazione non priva di ambiguità, un regime di responsabilità per fatto del legislatore fondato sulla colpa o, secondo un'altra interpretazione, un

⁷³ CE, 8 febbraio 2007, *Gardedieu*, JCP A 2007, A.J.D.A. 150.

⁷⁴ Alain Gardedieu è un dentista iscritto dal 1971 al fondo di pensionamento di questa professione. Il decreto n° 85-283 del 27 febbraio 1985 ha modificato il regime contributivo, aumentando la contribuzione minima obbligatoria. Il soggetto, considerando inapplicabile tale riforma, continuò a versare i contributi sulla base del regime anteriore.

⁷⁵ Solitamente le leggi necessitano di atti applicativi; nel caso in questione, ci si trova di fronte ad una delle rare ipotesi in cui, viceversa, la legge trova applicazione senza bisogno di ulteriori atti.

⁷⁶ Il soggetto aveva in primo luogo proposto un ricorso al Primo Ministro, che fu rigettato tramite silenzio. La controversia è stata portata di fronte al *Tribunal des affaires de sécurité sociale* di Beauvais, dinanzi al quale il soggetto ha sostenuto l'illegalità del decreto del 27 febbraio 1985. Di fronte al rigetto da parte di tale corte, il soggetto agì in appello davanti alla *Cour administrative d'appel*, che rigettò il ricorso poiché non erano soddisfatte né le condizioni per l'applicabilità del regime di responsabilità per colpa, né quelle per l'indennizzo per responsabilità senza colpa.

regime di responsabilità del legislatore del tutto nuovo, inclassificabile, *sui generis*⁷⁷. Il giudice sembra infatti optare per una responsabilità oggettiva, seppur nel quadro di una responsabilità per colpa⁷⁸. In ogni caso, le espressioni del giudice denotano un atteggiamento analogo a quello che caratterizzò *l'arrêt Nicolo*, poiché la Costituzione non gli permette di pronunciarsi sulla validità della legge, ma solo sua applicabilità ad una situazione data⁷⁹. Nel corso della trattazione ci soffermeremo sulle conseguenze di questa importante sentenza⁸⁰. Per ora sottolineiamo il fatto che si tratta della prima esplicita consacrazione di una forma di responsabilità per colpa del legislatore, connessa agli obblighi di rispetto delle convenzioni internazionali in generale, e del diritto comunitario in particolare⁸¹.

⁷⁷ Ad esempio, il giudice non si esprime a proposito del fondamento del nuovo regime di responsabilità. Il tema è ampiamente trattato in M. CANEDO-PARIS, *Le juge administratif, le droit international et la responsabilité: un trio infernal?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, (pp. 789 - 802).

⁷⁸ In altri termini, il CDE sembra optare per l'applicazione del regime di responsabilità per colpa, con elemento soggettivo oggettivizzato. Il che costituisce un'opzione totalmente alternativa rispetto all'applicazione della responsabilità senza colpa, che non richiede la prova dell'elemento soggettivo, ma impone il soddisfacimento di altri requisiti particolarmente restrittivi. A tal proposito, rinviamo alla sezione relativa alla responsabilità del legislatore.

⁷⁹ Cfr. D. POUYAUD, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *R.F.D.A.*, 3, mai – juin 2007, (pp. 525 – 534), pag. 527.

⁸⁰ "*Petite révolution*", secondo la definizione fornita da CANEDO-PARIS, *Le juge administratif, le droit international et la responsabilité cit.*, pag. 800.

⁸¹ Quindi, con tale sentenza il CDE ha affermato che il soggetto danneggiato ha diritto ad un risarcimento, e che in tal caso è applicabile un nuovo regime di responsabilità, autonomo ed indipendente rispetto al tradizionale regime di responsabilità senza colpa del legislatore.

La sentenza Robert Gestas. Conseil d'État, del 18 giugno 2008.

Con tale sentenza, il CDE ha operato un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, ammettendo, in controtendenza rispetto alla sentenza Darmont, una responsabilità fondata sul contenuto di una pronuncia giurisdizionale definitiva, limitata, tuttavia, ai casi di violazione manifesta del diritto comunitario⁸².

Il caso riguardava un soggetto che, assunto come maestro ausiliario nel 1977, nei primi anni '80 si era a più riprese ritrovato senza assegnazione di cattedra. A tutela della propria posizione, nel 1985 aveva intentato diversi ricorsi in modo da poter beneficiare di un sussidio per perdita di impiego che in precedenza gli era stato negato; inoltre, lamentava il mancato computo, nel calcolo dei salari percepiti, dell'anzianità maturata prima di dette interruzioni. Il Tribunale Amministrativo di Pau (con sentenza del 24 giugno 1986) riconobbe parzialmente le sue pretese e, in seguito ad appello promosso dal ministro, il CDE confermò detta pronuncia con sentenza del 29 dicembre 1997. Il ricorrente adì nuovamente il tribunale amministrativo perché ingiungesse al Ministero dell'educazione di versargli le somme stabilite, e il giudice, con sentenza del 3 luglio 2002, rigettò la richiesta sostenendo il pieno adempimento da parte del Ministero, avvenuto in data 29 giugno 2001. Il ricorrente, a questo punto, promosse altre azioni, fra le quali quella relativa alla domanda di risarcimento per il danno subito per cattivo funzionamento del servizio pubblico della giustizia, a causa dell'eccessiva lentezza del processo⁸³. Il CDE, applicando l'orientamento inaugurato nella sentenza Magiera, accordò al ricorrente un risarcimento di 14000 euro per danno morale.

⁸² Sentenza CE, ass., 29 déc. 1978: Rec. CE 1978, pag. 542.

⁸³ Così come sottolineato dal commissario del governo, un procedura durata quasi sedici anni fra la prima domanda indirizzata al Ministro dell'educazione e la sentenza del CDE (diciotto, se si considera la data di esecuzione effettiva da parte del ministero) costituisce senza dubbio una durata eccessiva, in considerazione della relativa semplicità delle questioni sollevate, nonché del fatto che il ricorrente non aveva contribuito in alcun modo all'allungamento della procedura.

La questione che più ci interessa è quella relativa alla seconda allegazione del ricorrente, secondo cui la condotta della giurisdizione amministrativa era contraria a diverse disposizioni comunitarie, nonché connotata da una colpa grave⁸⁴. Nonostante la natura piuttosto fantasiosa delle allegazioni del ricorrente⁸⁵, il CDE non ha eluso la questione di fondo, e si è espresso direttamente a proposito delle condizioni imposte nella sentenza *Darmont*⁸⁶. In particolare, il giudice ha per la prima volta affermato l'applicabilità del principio della responsabilità dello Stato connesso al contenuto di una sentenza che violi manifestamente disposizioni di diritto comunitario aventi ad oggetto il conferimento di diritti ai cittadini.

La questione dipendeva dal fatto che in Francia la responsabilità per fatto del giudice non può dipendere dal contenuto di una sentenza definitiva, il che è chiaramente incompatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui non può essere applicato in caso di illecito comunitario. Il CDE, conscio della possibilità di incorrere in una procedura di infrazione, decise dunque di modificare il proprio orientamento senza attendere che tale conflitto fosse sancito da una pronuncia dei giudici di Lussemburgo, e aderendo, tra l'altro, alla posizione espressa dal commissario del governo⁸⁷. Ciononostante, la dottrina ha sottolineato che si è trattato, in

⁸⁴ Riprendendo, quindi, la giurisprudenza *Darmont*. CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec., pag. 542.

⁸⁵ È questa la valutazione della dottrina che si è pronunciata su tale sentenza. V. M. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmont en cas de violation du droit communautaire*, in *Droit Administratif*, 8, 2008, (pp. 43 - 45), pag. 44.

⁸⁶ A tal proposito, non è particolarmente rilevante il fatto che l'azione sia stata rigettata. Tale esito è dipeso dal fatto che il giudice ha valutato che al caso di specie non potessero essere applicati né i principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto, né la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa al lavoro a durata indefinita. A tal proposito, v. H. GAUDIN, *Responsabilité de la puissance publique, délai raisonnable de jugement et contenu d'une décision juridictionnelle*, in *Revue Lamy. Droit Civil*, 52, 2008, (pp. 24 - 25).

⁸⁷ Il "*Commissaire du gouvernement*", originale istituzione che caratterizza la procedura contenziosa amministrativa francese, non rappresenta l'amministrazione, ed esprime nient'altro che un proprio personale parere. La sua funzione consiste nell'esporre al giudice le questioni giuridiche connesse a ciascuna causa, esponendo in totale indipendenza le sue conclusioni ed opinioni, emesse in totale imparzialità, sulle circostanze di fatto e sul diritto applicabile, così come sulla soluzione della controversia. Per un maggior approfondimento, v., fra gli altri, DEBBASCH e COLIN, *Droit administratif cit.*, pag. 655.

realtà, di un'evoluzione molto parziale⁸⁸; infatti, contrariamente a quanto suggerito dal commissario, il giudice preferì evitare di avviare un ripensamento generale del regime di responsabilità per fatto della funzione giurisdizionale, mantenendo il requisito della colpa grave e riducendo l'esigenza della decisione non definitiva a una condizione di esaurimento delle vie di ricorso⁸⁹.

Come vedremo nel corso della trattazione, tale soluzione appare ambigua poiché, se da un lato, abbandona, in linea con la sentenza Traghetti del Mediterraneo, l'inapplicabilità del principio alla violazione connessa con il contenuto di decisioni divenute definitive, non chiarisce l'effettiva portata del requisito della colpa grave. A tal proposito, il commissario del governo ha suggerito di mantenere il presupposto della colpa grave anche nel caso della violazione del diritto comunitario, poiché il concetto di colpa grave e quello di violazione sufficientemente caratterizzata sarebbero equivalenti. D'altra parte, non manca chi sottolinea che i due concetti non sono perfettamente assimilabili, e che quindi sarebbe opportuno abbandonare, nell'ipotesi di violazione del diritto comunitario, la nozione di colpa grave e sostituirla con quella di violazione manifesta, in modo da rispettare le prescrizioni comunitarie senza modificare la nozione di colpa grave in generale⁹⁰.

⁸⁸ Il CDE ha infatti sostanzialmente mantenuto la giurisprudenza Darmont, riconoscendo una nuova eccezione relativa al caso consistente nella violazione del diritto comunitario. Cfr. D. POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, in *R.F.D.A.*, 6, novembre-dicembre 2008, (pp. 1178 – 1186), pag. 1178.

⁸⁹ La questione verrà ripresa nel corso della sezione dedicata all'illecito comunitario derivante da attività giurisdizionale in Francia.

⁹⁰ Cfr. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmont en cas de violation du droit communautaire cit.*, pag. 45.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario in Francia.

Premesse.

Prima di svolgere alcune riflessioni di sintesi sull'applicazione dell'illecito comunitario in Francia, bisogna riprendere la fondamentale distinzione fra responsabilità per colpa e senza colpa. Nell'ambito contenzioso amministrativo francese, all'amministrazione è il più delle volte applicabile il regime di responsabile per colpa⁹¹. Parallelamente, la responsabilità senza colpa è ammessa nei casi di attività dell'amministrazione che comportano un rischio per uno o più cittadini, e si fonda sull'assunto secondo cui l'amministrazione non può percepire i benefici di un'attività senza assumersi i relativi rischi. Nel caso di violazione del diritto comunitario, però, entra in gioco, piuttosto, il concetto di violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri⁹². La responsabilità amministrativa fondata su questo elemento corrisponde all'ipotesi in cui il danno risulta da un comportamento attivo o omissivo perfettamente legale, ma che ricade su di un numero ristretto di cittadini. Tale responsabilità può scaturire da atti regolamentari o non regolamentari, e può risultare da convenzioni internazionali o da leggi. La responsabilità senza colpa, se da un lato è più favorevole ai danneggiati, che non hanno

⁹¹ La colpa, secondo una definizione universalmente accettata, costituisce un "*manquement à une obligation préexistante*". Cit. da CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, pag. 945. Il più delle volte, tale "*manquement*" deve essere provato dalla vittima, anche se tale operazione è resa più semplice dal carattere inquisitorio della procedura davanti al giudice della responsabilità, che può prescrivere all'amministrazione soggetto passivo di comunicargli gli elementi in suo possesso che possano influire sulla valutazione. In principio, qualsiasi illegalità costituisce una colpa suscettibile di dare luogo ad una responsabilità pubblica. Tale principio è stato dichiarato esplicitamente dal CDE nella celebre sentenza Driancourt del 6 gennaio 1973. Ce, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/Driancourt*, Rec. P. 78, à propos de l'interdiction d'exploiter des appareils de jeux par décision préfectorale.

⁹² Il principio di eguaglianza davanti ai pubblici poteri è un principio generale del diritto con valore costituzionale, in quanto portato del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge inserito nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789.

l'onere di provare la colpa del legittimato passivo, dall'altro è più favorevole al soggetto che ha cagionato il danno, in primo luogo poiché la responsabilità a lui attribuita non comporta alcun giudizio di valore sul suo comportamento. L'applicazione di regimi di responsabilità differenti, a seconda che il giudice nazionale sia in presenza di violazioni del diritto comunitario o di violazioni del diritto nazionale, costituisce una evidente discriminazione, e da più parti è stato sostenuto che una posizione coerente e rispettosa del diritto europeo esigerebbe che le violazioni del diritto comunitario fossero sottomesse allo stesso regime che le violazioni del diritto nazionale⁹³. Inoltre, come avremo modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, la dottrina è ormai concorde nell'affermare che il regime di responsabilità senza colpa risulta del tutto inapplicabile per assicurare il principio di responsabilità enunciato dalla Corte di giustizia, poiché, se così fosse, il risarcimento dipenderebbe da condizioni sia positive, quali la violazione sufficientemente caratterizzata, sia negative, quali l'interesse generale, a conseguente detrimento dell'efficacia del diritto comunitario⁹⁴.

Per queste ragioni, negli ultimi anni si è assistito ad una progressiva applicazione della responsabilità per colpa, secondo le coordinate che approfondiremo nel corso del capitolo.

⁹³ Cfr. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne cit.*, pag. 476.

⁹⁴ Cfr. M. LONG, *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, Dalloz, 2007, pag. 329.

La responsabilità dello Stato amministratore per violazione del diritto comunitario in Francia.

Il diritto comunitario impone degli obblighi a carico delle amministrazioni nazionali; se queste non adempiono correttamente a tali obblighi, possono essere convenute civilmente dai cittadini danneggiati a seguito della loro violazione. Come abbiamo visto, la questione principale consiste nel determinare il regime (per colpa o senza colpa) applicabile a tale violazione.

Come vedremo nel prosieguo della trattazione, il giudice amministrativo della responsabilità è competente in relazione alle controversie su cui si fonda la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario connessa ad un comportamento attivo o omissivo dell'amministrazione⁹⁵. Attualmente, a seguito degli sviluppi della giurisprudenza amministrativa, l'illecito comunitario imputabile allo Stato amministratore è senza dubbio quello che pone minori questioni problematiche. Infatti, è ormai del tutto pacifica l'applicazione del regime di responsabilità per colpa, e in questo campo non si verificano discriminazioni a seconda che si tratti di questioni di diritto interno o fondate sul diritto comunitario⁹⁶: *“la responsabilité de l'État vis-à-vis des particuliers à raison du dommage causé par la non-transposition d'une directive constitue une excellente illustration de convergence facile à réaliser entre la jurisprudence administrative et celle*

⁹⁵ “La Cour de Cassation française accepte également d'engager la responsabilité de l'État du fait d'un manquement de l'administration. Elle a notamment considéré que l'adoption d'une circulaire du ministre de la justice contraire au traité de Rome et un arrêt en manquement de la Cour de justice étaient constitutifs d'une faute lourde engageant la responsabilité de l'État. Ccass. Com. 21 fév. 1995, *United Distillers France, John Walker*, Bull. civ., fév 1995, pag. 50”. Cit. da NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, pag. 462.

⁹⁶ A tal proposito ricordiamo la sentenza Cohn Bendit, in cui il mancato recepimento di una direttiva era considerato come costitutivo di un illecito tale da ingenerare la responsabilità dello Stato, in applicazione della sentenza Dame Veuve Renard. CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec. Lebon, pag. 524, concl. Genevois, in RTDE 1979. CE, 27 novembre 1964, *Dame Veuve Renard*, Rec. Lebon, pag. 590, concl. Galmot; anche in R.T.D.E., 1979, concl. Genevois, R.T.D.E., pag. 157. A tal proposito ricordiamo che nella sentenza Dame Veuve Renard, il CDE aveva ammesso la possibilità per un soggetto privato di agire per danni nei confronti dello Stato responsabile di una violazione del diritto comunitario: inoltre aveva affermato che il mancato recepimento di una direttiva è costitutivo di un illecito imputabile al potere esecutivo, di natura tale da mettere in gioco la responsabilità dello Stato.

de la Court de Justice"; inoltre, "*tant que le comportement du pouvoir législatif n'est pas en cause, le droit français de la responsabilité administrative garantit le droit à réparation pour violation d'un droit conféré à un particulier par la règle communautaire dans des conditions satisfaisantes*"⁹⁷.

Il tema dell'illecito comunitario connesso all'attività amministrativa merita, tuttavia, un ulteriore approfondimento per due diversi ordini di ragioni. In primo luogo, perché si tratta del caso di illecito comunitario quantitativamente più importante, e perché si nota, a tal proposito, un'imputazione dell'illecito all'amministrazione anche in casi in cui la violazione dipende, in primo luogo, dalla condotta del legislatore. In secondo luogo, l'interesse comparatistico consiste nel fatto che il regime francese è stato preso a modello al momento della costruzione della responsabilità delle istituzioni comunitarie, ragione per la quale gli elementi di frazione fra i due paradigmi tendono necessariamente a ridursi.

A proposito della prima questione, è sufficiente una breve disamina delle sentenze poc'anzi ricordate per affermare che lo Stato francese è convenuto, il più delle volte, in quanto Pubblica amministrazione. Infatti, le controversie effettivamente verificatesi hanno generalmente riguardato questioni relative alla libera circolazione delle merci⁹⁸. Parallelamente, l'illecito comunitario è stato applicato nella delicatissima questione relativa agli aiuti di Stato⁹⁹.

Un'altra ragione per la quale l'illecito comunitario applicato all'amministrazione è quello decisamente più frequente dipende dal fatto che spesso si è tentato, tramite una vera e propria "ipocrisia giuridica", di imputare all'amministrazione un illecito derivante da una violazione imputabile, in realtà, al legislatore¹⁰⁰. Ci riferiamo a tutte quelle ipotesi, relativamente frequenti nella pratica, in cui la violazione del diritto

⁹⁷ Cfr. L. DUBOIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, in *R.F.D.A.*, 1992, (pp. 1 - 9), pag. 6.

⁹⁸ Ci riferiamo alle sentenze Henry Ramel, Alivar e Schop.

⁹⁹ V. sentenza SA Fontanille.

¹⁰⁰ Cfr. DUBOIS, *Directive communautaire et loi française cit.*, pag. 430; D. SIMON, *Le Conseil d'État, la directive, la loi, le droit: « ad augusta per augusta »*, in *European Law Review*, 4, avril 1992, (pp. 1 - 4), pag. 4.

comunitario è stata imputata all'amministrazione per il solo fatto che la legge anticomunitaria fosse accompagnata da un decreto amministrativo di attuazione. In questi casi, a seguito dell'esercizio di un'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario, i giudici hanno optato per un orientamento secondo cui tale danno non dipende propriamente dall'attività normativa (ovvero di elaborazione e approvazione del disegno di legge), bensì dalla sua applicazione¹⁰¹. Di conseguenza, insistendo sulla natura amministrativa dei relativi atti di esecuzione, sono riusciti a ridurre drasticamente il ventaglio di ipotesi di illecito comunitario riferibile all'attività legislativa¹⁰². A partire dalla sentenza *Arizona Tabacco*, il principio dell'inapplicabilità della legge anticomunitaria, è concepito non come una semplice misura di salvaguardia di quest'ultima, ma come elemento di sintesi da cui scaturisce un contenzioso amministrativo¹⁰³. Ciò significa che il giudice cerca gli argomenti a favore di un risarcimento attraverso un processo ascendente, ripercorrendo i passaggi normativi in modo da stabilire l'oggetto della legge o l'obiettivo nell'ambito del quale l'amministrazione esercita le sue competenze¹⁰⁴. Questa soluzione,

¹⁰¹ Tale teoria ha avuto grande successo, ed è stata richiamata molto spesso dalla giurisprudenza successiva. A tal proposito, v. ad es., la sentenza della *Cour Administrative d'appel de Paris*, del 23 gennaio 2006, *Société Groupe Salmon Arc-en-ciel*, A.J.D.A., 2006, pag. 766. A tal proposito sono estremamente significative le conclusioni del Commissario del Governo, secondo cui *"Il est vrai, affirme-t-elle, qu'en l'espèce, c'est bien la loi qui, la première a transgressé le droit communautaire. Mais, ce débat sur la responsabilité de l'État législateur est, pour l'essentiel, un faux débat dès lors que, comme l'a fait le Conseil d'État dans l'affaire des Tabacs, la responsabilité de l'État peut être fondée sur l'illégalité des mesures d'exécution prises en application d'une loi méconnaissant des dispositions communautaires"*.

¹⁰² Infatti, molto raramente un danno è arrecato direttamente dalla legge; in generale c'è sempre un atto amministrativo che interviene fra legge e cittadino.

¹⁰³ Secondo tale impostazione, la sussistenza di normativa anticomunitaria rileva nella successione degli atti sui quali il giudice è chiamato a pronunciarsi. Come abbiamo visto, a partire dalla sentenza *Arizona Tabacco*, la normativa nazionale non è più estranea alla controversia (com'era invece ancora nel caso *Boisdet*); questa è invece oggetto del giudizio e permette al giudice di riprendere le tappe successive che hanno condotto all'emanazione di un atto amministrativo illegale. Come precedente segnalato, all'epoca della sentenza *Boisdet* non era ancora stata riconosciuto il principio dell'illecito statale nel caso di mancato recepimento di direttiva comunitaria, perché tale fonte era considerata come priva di qualsiasi effetto prima della sua attuazione nell'ordinamento nazionale. Infatti, tale controversia riguardava una condotta dell'amministrazione incompatibile con un regolamento. A partire dagli *"affaires des tabacs"*, il CDE ha, invece, svolto questo ragionamento: la legge viola il diritto comunitario, e di conseguenza è inapplicabile; il decreto di applicazione è quindi sprovvisto di base giuridica, e la decisione ministeriale fondata sul decreto è dunque illegale e questa illegalità dà luogo alla responsabilità dello Stato.

¹⁰⁴ Questo, ovviamente, avviene solamente quando l'amministrazione non disponga di una margine di discrezionalità nell'agire. Nel caso opposto, invece, la pronuncia del

seppur aspramente criticata da un punto di vista dogmatico, permette indubbiamente di soddisfare tre diverse esigenze. In primo luogo, garantisce un'applicazione fedele della "dottrina Francovich"¹⁰⁵. In secondo luogo, applica un regime di responsabilità per colpa dell'amministrazione, secondo un orientamento ormai agevolmente accettato dalle giurisdizioni amministrative nazionali¹⁰⁶. Infine, risulta del tutto in linea con l'equilibrio fra i poteri legislativo e giurisdizionale instaurato dalla V Repubblica¹⁰⁷.

Se l'illecito comunitario imputabile all'amministrazione è quello che presenta minori questioni giuridiche, non vi è dubbio che sia un tema, viceversa, molto interessante per il giurista comparatista. Infatti, è noto che il modello francese di responsabilità pubblica sia stato imitato da molti

giudice avrà ad oggetto solamente l'atto amministrativo. Cfr. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois cit.*, pp. 174 – 180.

¹⁰⁵ Tale affermazione è confermata dall'Avvocato Generale, che ha fatto espresso riferimento a tale soluzione nelle conclusioni alla sentenza *Brasserie du Pêcheur*: "42 In definitiva, anche alla luce della pronuncia Francovich, ma già in ragione della peculiarità del sistema giuridico comunitario considerato nel suo insieme, è del tutto irrilevante che l'illecito sia imputabile al legislatore ovvero all'esecutivo. In ogni caso, poi, il problema della responsabilità dello Stato legislatore è superato nelle ipotesi in cui l'illecito si colleghi a norme provviste di effetto diretto. L'affermazione della Corte secondo cui «sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi» (46), implica infatti che anche alla pubblica amministrazione incombe l'obbligo di garantire la tutela dei diritti che i singoli vantano in forza di norme comunitarie provviste di effetto diretto. Ne consegue, in tale prospettiva, che all'occorrenza è ben possibile far valere la responsabilità della pubblica amministrazione per aver quest'ultima emanato provvedimenti lesivi in esecuzione di una legge che si pretende incompatibile con il diritto comunitario, ovvero e comunque per avere essa applicato una tale legge. In questo senso, ad esempio, sembra essersi orientato il *Conseil d'État* francese, che ha dedotto la responsabilità dello Stato dalla violazione (faute (47)) dell'autorità amministrativa, almeno nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia fatto uso del potere discrezionale concesso da una legge interna contraria al diritto comunitario (48). Vero è che in ipotesi di questo tipo l'origine della responsabilità risiede pur sempre in un comportamento illecito imputabile al legislatore e cioè in una legge incompatibile con il diritto comunitario. Tuttavia, che l'imputazione all'amministrazione sia un "indispensabile" espediente, processuale e/o sostanziale, per far rispondere il legislatore ovvero il corretto modo di procedere, spetta evidentemente al diritto nazionale stabilirlo".

¹⁰⁶ CE, 7 dicembre 1979, *Société Le fils de Henri Ramel*, Rec., pag. 457; TA Dijon, 15 avril 1986, *Soc. Viticole Bérard*, Rec. P. 311, RTD eur. 1988, pag. 109; CE., 20 gennaio 1988, *Aubin*, Rec., pag. 20, JCP 1989.II.21169; CAA Nantes, 20 juin 1991, *SA Hellot*, A.J.D.A. 1992, pp. 171-172.

¹⁰⁷ Cfr. DUBOIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté cit.*, pag. 588; POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, L.G.D.J., Paris, 1999, pag. 464.

altri ordinamenti europei a partire dalla fine del XIX secolo e fino alla metà del XX e che sia stato, infine, recepito, da parte delle istituzioni comunitarie. A tal proposito, la dottrina ha segnalato che tale circolazione, e la recezione a livello comunitario, non derivi da una deliberata scelta di imitazione¹⁰⁸, ma da un processo spontaneo connesso all'efficacia di elementi e soluzioni di ascendenza francese. Si pensi al fatto che la Corte di giustizia ha ripreso una classica formula del *CDE* francese secondo la quale la responsabilità si fonda su una "*faute de service*"¹⁰⁹, e i Trattati CEEA e CEE hanno previsto la possibilità di una responsabilità personale del funzionario¹¹⁰, in conformità con una dottrina ben assestata in diritto francese¹¹¹.

In effetti se la responsabilità dello Stato amministratore non pone particolari problemi, estremamente più complessa e densa di profili di criticità è l'intersezione fra regime francese e previsioni comunitarie a proposito della responsabilità del legislatore, tema che affrontiamo di seguito.

¹⁰⁸ Cfr. H. MUSCAT, *Le Droit Français de la Responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Paris, 2001 pag. 33.

¹⁰⁹ CGCE, 14 luglio 1967, Kampffmeyer e altri, Aff. 5, 7 e 13, Rec. 1967, pag. 317.

¹¹⁰ Articolo 188 del Trattato CEEA e articolo 215al. 2 del Trattato CEE.

¹¹¹ Cfr. J. BOULOIS, *La France et la Cour de Justice des Communautés européennes*, in A. PLANTEY, *L'internationalisation dans les institutions et le droit, Convergences et déficits*, *Études offertes à A. Plantey*, Pedone, Paris, 1995, (pp. 127 - 132), pag. 127.

La responsabilità del legislatore in Francia.

Come abbiamo visto, grazie alla teoria del “*règlement-écran*”, si è assistito ad uno slittamento dell'imputazione dal legislatore all'amministrazione, al punto che, applicando tale criterio, la responsabilità per fatto del legislatore non può essere configurata che nell'ipotesi di un'assenza di misure di applicazione della legge¹¹². Questa soluzione, efficace ma piuttosto ardita da un punto di vista dogmatico, è connessa al fatto che l'illecito del legislatore è quello decisamente più difficile da configurare.

Analogamente ad altri Stati europei, in Francia l'idea che il potere legislativo potesse commettere un illecito aquiliano si è scontrata con principi e valori costituzionali relativi alle prerogative della funzione legislativa ed allo *status* della legge come principale fonte del diritto¹¹³. Secondo la concezione del tutto dominante durante il XIX e buona parte del XX secolo, il legislatore era considerato giuridicamente “irresponsabile”: i poteri del Parlamento erano senza limiti, e i suoi atti, per quanto pregiudizievoli per le posizioni giuridiche individuali, non potevano condurre ad alcuna forma di risarcimento. Infatti, la legge era di per sé “intoccabile”, e in quanto espressione della volontà generale, non sembrava suscettibile di arrecare danni risarcibili¹¹⁴. Inoltre, nessun tribunale (“*Bouche de la loi*”, secondo la celeberrima espressione coniata da Montesquieu) era competente per giudicare l'attività del Parlamento, e la legge era considerata come un atto sovrano, che i giudici erano chiamati ad applicare, senza possibilità di modifica o giudizio in relazione alla condotta del legislatore.

Nel corso del tempo, la responsabilità per fatto del legislatore venne in qualche modo prefigurata in relazione a casi del tutto eccezionali. Un primo riconoscimento della “*responsabilité du fait des lois*” fu operato dal

¹¹² Cfr. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes cit.*, pag. 462. V. anche BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois cit.*, t. 236, 2003.

¹¹³ Cfr. DUBOIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté cit.*, pp. 583-595.

¹¹⁴ Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931 *reimpression par les éditions Economica*, 1986, pag. 20.

CDE, fortemente orientato ad un'idea di equità, come applicazione del principio di uguaglianza davanti ai pubblici poteri. Il CDE, con il già citato *arrêt* La Fleurette, ha introdotto il principio secondo cui la responsabilità per fatto del legislatore si fonda non sul carattere colpevole della condotta del legislatore quanto, piuttosto, sull'esistenza di un danno derivante da una "*rupture d'égalité devant les charges publiques*"¹¹⁵. Questa sentenza è considerata come una delle più importanti dell'intera giurisprudenza amministrativa francese¹¹⁶, perché, in controtendenza rispetto all'orientamento tradizionale, ha aperto la strada ad una forma di responsabilità del legislatore, stabilendo che, nei casi in cui il legislatore non vi si opponga fermamente, i danni occorsi ai privati a causa di una legge possono essere computati ai fini di un successivo indennizzo. Si trattava, tuttavia, di una responsabilità senza colpa, proprio perché l'idea stessa di "colpa" implica una condanna, che presuppone che il giudice possa esercitare un'azione di controllo sul Parlamento, il che contravviene al principio di separazione dei poteri¹¹⁷. Pertanto il giudice, invece di giudicare l'attività legislativa, poneva al centro della sua considerazione il danno sofferto dalla vittima, e in questo modo accordava l'indennizzo al mero fine di ristabilire l'uguaglianza dei cittadini dinanzi ai pubblici poteri¹¹⁸. A tal proposito, la dottrina ha a più riprese sostenuto che questa evoluzione giurisprudenziale non ha condotto ad una estensione della responsabilità civile dell'amministrazione agli atti legislativi, ma che, piuttosto, ha confermato l'irresponsabilità del legislatore, attraverso una semplice limitazione, in particolari casi concreti, di una irresponsabilità

¹¹⁵ Cfr. A. LABAUDAIRE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1994, pag. 905. Cfr. anche P. DEVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., Paris, 1969.

¹¹⁶ V. G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Paris, 1996.

¹¹⁷ In talune occasioni, tale principio è stato richiamato anche in tempi recenti per negare che il giudice amministrativo possa condannare lo Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. V. ad es. la sentenza del *Tribunal administratif de Paris* (*France nature environnement*, 7 maggio 2004), secondo cui la separazione dei poteri impedisce al giudice di condannare al risarcimento del danno conseguente alla mera elaborazione e approvazione di un testo legislativo. La conseguente formula del "*coupable non responsable*" è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina. V., ad es., ALBERTON, *Le législateur français transgressant le Droit international cit.*, pag. 2258.

¹¹⁸ Questo fu possibile solo in seguito alla nascita della teoria della responsabilità, che consentiva di compensare i danneggiati (nel silenzio della legge) tendendo saldo il principio della sovranità del Parlamento.

mantenuta intatta a livello dogmatico¹¹⁹. Infatti, la giurisprudenza che prende avvio dalla sentenza *La Fleurette* conduce sostanzialmente a negare la possibilità di esercitare un'azione di responsabilità nei confronti del legislatore¹²⁰. Non c'è dubbio, infatti, che tale soluzione, lungi dal costituire l'apertura di un varco verso un più compiuto regime di responsabilità del legislatore, dimostri ulteriormente lo *status* privilegiato di quest'ultimo¹²¹.

In ogni caso, seppure nel quadro di una responsabilità senza colpa, fu ammessa la possibilità di riconoscere un indennizzo per compensare le conseguenze pregiudizievoli di una legge. Tale sistema, tuttavia, non è certo favorevole ai soggetti danneggiati; infatti, perché tale regime sia applicabile, richiede la sussistenza di diversi presupposti che rendono particolarmente difficile ottenere il risarcimento, e che certamente non permettono una efficace applicazione dell'illecito comunitario. In primo luogo, ci soffermeremo su tali caratteri, e infine analizzeremo le questioni relative all'applicazione della dottrina Francovich.

In primo luogo, tale regime richiede una prova particolarmente gravosa da parte del soggetto danneggiato relativa alla particolare gravità del danno subito¹²²; d'altra parte, il risarcimento non potrà comunque essere

¹¹⁹ Secondo alcuni, la soluzione adottata dal CDE costituiva una vera e propria rivoluzione, che sovvertiva il principio di irresponsabilità. Altri, invece, sostenevano che la sentenza *La Fleurette* avesse introdotto nient'altro che una "irresponsabilità limitata" o "*une pseudo-responsabilité de l'État législateur*". La prima posizione è espressa in C. CHAUMONT, *La responsabilité extra-contractuelle de l'État dans l'exercice de la fonction législative*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1940, (pp. 202 - 217), pag. 200. La tesi opposta è invece sostenuta in G. MORANGE, *L'irresponsabilité de l'État législateur – Évolution et avenir*, Dalloz, Paris, 1962.

¹²⁰ Cfr. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007, t. IV, pag. 1426.

¹²¹ Cfr. FINES, *Notes sous CE*, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, RD publ. 1992, pag. 1504, note 105. A nostro avviso, la denominazione di tale regime è fuorviante, perché un regime di responsabilità vero e proprio non può dirsi tale se permette all'autore del danno di sottrarsi all'obbligo di risarcimento ogniqualvolta lo desidera; sarebbe forse preferibile, dunque, riferirsi ad un sistema giurisdizionale di indennizzo. A tal proposito, v. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Paris, 1994, pag. 791 – 792; v. anche S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, L.G.D.J., Paris, 1974, pag. 214.

¹²² La condizione dell'anormalità del danno pone non pochi problemi interpretativi, e lascia al giudice un amplissimo margine di discrezionalità. Il danno diviene "anormale" quando eccede una certa soglia di gravità. Ciò significa, che una volta stabilita la soglia, non sarà risarcito il danno di entità minore e, d'altro canto, sarà risarcita solo la frazione che superi detta soglia. Inoltre, la soglia della gravità è molto variabile, secondo le circostanze e il tipo di pregiudizio subito. Significa, semplicemente, che il pregiudizio "*doit*

accordato nel caso in cui il legislatore lo abbia esplicitamente o implicitamente escluso¹²³. Secondo la giurisprudenza tradizionale, nel caso in cui la legge in questione nulla stabilisca a riguardo, spetterà al giudice determinare se il legislatore ha inteso o meno escludere una qualche forma di indennizzo. Il CDE ha interpretato tale indirizzo in modo tutt'altro che liberale, e i giudici amministrativi in generale hanno il più delle volte trovato o presunto tale volontà, a seguito di ricerche approfondite svolte non solo su testi di legge, ma anche su lavori parlamentari o tramite presunzioni desunte dalle circostanze che hanno contrassegnato l'approvazione delle leggi in questione¹²⁴.

In Francia, la configurazione di una responsabilità del legislatore è stata anche ostacolata dalla convinzione che il giudice amministrativo ragioni in funzione degli obiettivi perseguiti dal legislatore che, nella misura in cui emana leggi nell'interesse generale, esclude, di per sé, la possibilità di un

dépasser les inconvénients que la vie en société impose à chacun". Cit. da O. DUBOS, *Les juridiction nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne* Dalloz, Paris, 2001, pag. 797. Il giudizio circa la gravità del danno spetta al giudice, attraverso la tecnica dello Standard. J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1989, pag. 398.

¹²³ Un secolo prima il CDE aveva già avuto modo di pronunciarsi sulla questione, e aveva dichiarato che "*l'État ne saurait être responsable des conséquences des lois, qui dans l'intérêt general, prohibent l'exercice spécial d'une industrie*". CE, 11 gennaio 1838, *Duchâtellier*, rec., pag. 7. A tal proposito Olivier Dubos segnala che a proposito di tale controversia si accese un dibattito, alla Camera dei Deputati, fra i socialisti che non accettavano che il patrimonio pubblico fosse dilapidato in favore di interessi particolari, e i conservatori, secondo i quali era inconcepibile che non si riconoscesse un indennizzo alle industrie danneggiate dagli interventi intempestivi dello Stato. V. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* cit., pag. 794. In origine le questioni relative alla responsabilità dello Stato legislatore erano collegate all'emanazione di leggi che limitavano o proibivano l'esercizio di determinate attività economiche. A tal proposito ricordiamo la legge del 29 dicembre 1819 che instaurava il monopolio nella fabbricazione e vendita del tabacco, che non accordava alcuna compensazione ai soggetti interessati. Analoga situazione si verificò nel 1837 a seguito della soppressione delle attività telegrafiche private senza alcun indennizzo per i soggetti danneggiati. Si possono ricordare a tal proposito la legge del 16 aprile 1897 relativa alla produzione di margarina, la legge del 20 marzo 1902 sulla saccarina, la legge del 22 luglio 1902 sulla biacca, o la legge del 16 marzo 1915 sulla produzione di assenzio.

¹²⁴ Fondandosi su un "*ensemble législatif*", ha in un celebre caso escluso il diritto al risarcimento in capo agli ufficiali giudiziari, privati della loro funzione in seguito alla soppressione delle giurisdizioni francesi in Tunisia (CE, 26 apr. 1963, *Laurent*, Rec., pag. 247). In precedenza, aveva anche sostenuto di poter dedurre la volontà del legislatore dalle circostanze e dal contesto politico del momento (CE 22 oct. 1943, *Société des établissements Lacausade*, Rec. P. 231). V. R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, Les Cours de Droit, Paris, 1981, pag. 1424.

indennizzo¹²⁵. Ne deriva che, per ammettere la responsabilità in capo al legislatore, il CDE richiede la specialità del pregiudizio, nel senso di un danno che coinvolga un numero ristretto di soggetti; condizione che appare del tutto logica, perché “*si le dommage causé par la loi était général, il serait contradictoire de vouloir le réparer par l’allocation d’une indemnité à la charge de la collectivité toute entière*”¹²⁶. La ragione di tale limitazione dipende dal fatto che il carattere astratto e generale della legge, e in una certa misura dei regolamenti, in qualche modo giustifica l’immunità del legislatore rispetto al controllo del giudice¹²⁷. Immunità che viene meno nel momento in cui la normazione perde i caratteri della generalità e dell’astrattezza. Tale interesse generale è stato costantemente invocato dal CDE per rifiutare l’applicazione del regime di responsabilità senza colpa del legislatore¹²⁸. Inoltre, come noto, il CDE ha pressoché escluso ogni indennizzo quando il danno derivava da atti legislativi assunti nell’interesse generale¹²⁹. In pratica, ha per lungo tempo

¹²⁵ Secondo quanto affermato dal CDE nel 1838, “*l’État ne saurait être responsable des conséquences des lois, qui dans l’intérêt général, prohibent l’exercice spécial d’une industrie*”. CE, 11 gennaio 1838, *Duchâtellier*, Rec., pag. 7.

¹²⁶ Cit. da ODENT, *Cours de contentieux administratif*, pag. 1429. Il risarcimento è accordato solo quando la misura legislativa non lede che un numero ristretto di soggetti (requisito della specialità), e da questo punto di vista il margine di discrezionalità del giudice è particolarmente ampio poiché il requisito della specialità è difficile da valutare in termini oggettivi. Ovviamente non ci sono difficoltà quando la vittima è un unico soggetto, o nel caso in cui il gruppo di vittime è chiaramente identificabile e relativamente ristretto. Ma a partire da quante vittime il danno cessa di essere “speciale”? A tal proposito, ricordiamo che il CDE nell’*arrêt Bovero* (CE, 25 gennaio 1963, Rec. pag. 53) ammise la responsabilità per colpa del legislatore legge in un caso in cui i proprietari danneggiati erano potenzialmente migliaia. Questo dimostra l’ampiezza di discrezionalità del giudice. CE (Ass.), 10 febbraio 1961, *Ministre de l’intérieur c. Consorts Chauche*, Rec., Pag. 108; (Sect.) 30 gennaio 1963, *Ministre de l’intérieur c. Bovero*, Rec., pag. 53. Cfr. LABAUDAIRE, *Traité de droit administratif*, pp. 906-907; C. DEBBASCH, *Institutions et droits administratifs – Tome 2 : L’action et le contrôle de l’administration*, PUF (Coll Themis), Paris, 1998, pag. 429.

¹²⁷ In pratica, il CDE ha progressivamente esteso l’orientamento inaugurato in *La Fleurette* anche agli atti regolamentari. MORANGE, *L’irresponsabilité de l’État législateur – Evolution et avenir*, cit.. CDE, Sect., 27 gennaio 1961, *Vannier*, Rec., pag. 60, concl KAHN, AJ 1961, pag. 74, chr GALABERT et GENTOT; Sect. 22 febbraio 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec., pag. 113; AJ 1963, pag. 208, chr. GENTOT et FOURRE.

¹²⁸ CE, 15 luglio 1957, *Société de décorticage*, Rec., pag. 485; 15 luglio 1949, *Ville d’Elbeuf*, Rec., pag. 349; 14 marzo 1975, *Société civile immobilière de la vallée de Chevreuse*, Rec., pag. 197; 23 gennaio 1952, *Compagnie des transports électriques de Limoges*, Rec., pag. 478; 7 giugno 1940, *Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges*, Rec., pag. 193; 21 giugno 1957, *Société d’exploitation de Etablissements Pathé-Cinéma*, Rec., pag. 415; 14 dicembre 1984, *Rouillon*, Rec., pag. 423.

¹²⁹ La soluzione adottata nel caso *La Fleurette* è stata un’eccezione. In tale caso, infatti, il danno era causato da una legge ispirata dal tentativo di tutelare l’industria del latte, e

interpretato in modo tanto espansivo la formula dell'interesse pubblico, da scartare/negare, salvo casi eccezionali, qualsiasi forma di indennizzo¹³⁰.

In definitiva, nessun risarcimento appariva giustificato nel momento in cui la legge mirasse a soddisfare l'interesse generale, che il più delle volte era un interesse di tipo economico, ma anche sociale, e non solo¹³¹.

Tali elementi potrebbero essere sufficienti per asserire la totale inidoneità del regime di responsabilità senza colpa ai fini dell'applicazione del

quindi poteva essere considerata come ispirata ad un interesse generale. Tale pronuncia rimase infatti del tutto isolata, perché successivamente il CDE ha optato per la soluzione opposta.

¹³⁰ La dottrina è concorde nell'affermare che il CDE ha sempre dimostrato una netta tendenza a considerare che ogni legge adottata nell'interesse generale contenga implicitamente l'esclusione di ogni possibilità di risarcimento, e quindi tende a interpretare la nozione di interesse generale in termini molto estensivi. Il giudice amministrativo scarta la possibilità di risarcimento quando la legge è stata approvata in un interesse generale di natura economica e sociale, come per esempio la lotta contro l'inflazione (CE, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. P. 359 (*blocage du prix du gaz*); 14 marzo 1975, *Société civile immobilière de la vallée de Chevreuse*, Rec. P. 197 (*calcul des indemnités d'expropriation*)), la disciplina di un mercato (CE, 7 giugno 1940, *Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges*, Rec. P. 193 (*décision d'interdire la cotation des blés dans les bourses de commerce pour soustraire ces produits aux spéculations*)) o l'organizzazione di un settore produttivo (CE, 21 giugno 1957, *Société d'exploitation des Etablissements Pathé-Cinéma*, Rec. P. 415 (*décision d'interdire la fabrication de films de certains formats afin « d'organiser la production cinématographique, notamment du point de vue du rendement, de la qualité et du coût des produits »*)). Il risarcimento è escluso quando il giudice ritiene che il legislatore abbia cercato di reprimere delle attività fraudolente o riprovevoli (CE 1 marzo 1940, *Société Chardon et Cie*, Rec. P. 82 (*en matière alimentaire*)) o di porre fine ad attività nocive o pericolose per la salute pubblica (CE, 6 gennaio 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, Rec. P. 3 (*contrôle de la qualité de fabrication des armes*); 8 gennaio 1965, *Société des Etablissements Aupinel*, Rec. P. 15 (*contrôle du transport et de la vente des spiritueux*)). Allo stesso modo, nel caso in cui il legislatore abbia previsto direttamente un sistema di risarcimento o di compensazione degli effetti pregiudizievoli della legge, in particolare sotto forma di pensioni o indennità di licenziamento, il CDE presume che il legislatore abbia inteso escludere ogni altra forma di risarcimento (CE, 7 ottobre 1966, *Asope*, Rec. P. 523).

¹³¹ Il giudice ha, per esempio, considerato che rientrasse nell'interesse generale la protezione della salute e della sicurezza pubblica, e che, di conseguenza, non sussistesse diritto ad indennizzo nel caso di una legge che proibiva la vendita di bevande alcoliche nelle caserme. In tempi recenti il CDE ha considerato che rientrasse nell'interesse generale la tutela di alcune specie di animali. CE, 17 févr. 1939, *Société coopérative militaire d'Alsace*, Rec., pag. 97. CE 30 juill. 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, R.F.D.A. 2004, 114. Per un commento a tale sentenza, v. P. BON, *La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2004, (pp. 151 - 155). A tal proposito, v. G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON, P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2007, pag. 591, nota 1. Il CDE si era espresso analogamente in precedenza, negando qualsiasi forma di risarcimento ad un tassidermista danneggiato dalla legge del 10 luglio 1976 sulla protezione della natura e sui diversi testi applicativi che limitavano le attività di imbalsamazione, al fine di tutelare gli animali selvatici (CE, 14 déc 1984, *Rouillon*, pag. 423).

paradigma comunitario¹³². Tuttavia, a dimostrazione di tale assunto, concorrono caratteri che coinvolgono non solo l'onere della prova in capo al soggetto danneggiato, ma anche il meccanismo di recepimento delle direttive, nonché, più in generale, la funzione e la logica della responsabilità dello Stato secondo la giurisprudenza Francovich. Ci riferiamo, in primo luogo, al fatto che il regime francese di responsabilità senza colpa non è applicabile a comportamenti omissivi, per cui rimarrebbe scoperta l'ipotesi di mancato recepimento di una direttiva¹³³. A tal proposito, il CDE si è più volte pronunciato, confermando tale orientamento; in tempi ormai piuttosto lontani, infatti, ha dichiarato irricevibile, in applicazione della teoria degli atti di governo, un ricorso intentato contro il rifiuto da parte del governo di depositare un progetto di legge¹³⁴. In tempi più recenti, ha dichiarato che non fosse applicabile alla condotta del legislatore il principio (applicato nella giurisprudenza Alitalia¹³⁵) in virtù del quale un soggetto è legittimato ad invocare una direttiva in modo da costringere l'amministrazione ad adeguare i regolamenti agli obiettivi di quest'ultima, una volta scaduto il termine per il recepimento¹³⁶.

A dimostrazione della inidoneità di tale regime ad applicare il paradigma comunitario concorrono, ancora, argomenti di ben altro spessore¹³⁷. Ci

¹³² Cfr. R. KOVAR, *Le Conseil d'État et le droit communautaire: des progrès mais peut mieux faire*, Dalloz, Paris, 1992, pp. 207 – 213.

¹³³ “... le seul régime de responsabilité connu par le droit français demeure celui “du fait des lois”, et non de son absence”. Cit. da LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers cit.*, pag. 619.

¹³⁴ CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tellegrand*, Rec. Lebon, pag. 607.

¹³⁵ CE, 3 février 1989, *Cie Alitalia*, Rec. Lebon, pag. 44. La sentenza è considerata criticamente nel contesto della giurisprudenza relativa alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario in Francia, in G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire; de la contradiction à la conciliation?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 1997, (pp. 1017 - 1038), pag. 1036.

¹³⁶ CE, P janvier 1995, *Ministre du Budget c/ SA Les vins de la Caffre*, RJF 2/95, n° 159 et 283.

¹³⁷ L'inapplicabilità del regime *sans faute* alle condotte omissive è stato infatti più volte ribadito dal giudice amministrativo di ultima istanza. Tuttavia, la dottrina ha ridimensionato la portata di tale principio eccependo che ben difficilmente una direttiva incide in un ambito del tutto privo di una previgente disciplina nazionale. Quindi, anche nel caso in cui il legislatore abbia omesso di recepire una direttiva, sarà comunque il più delle volte possibile trovare una legge o un regolamento (nazionale) che regoli la materia in questione. Quindi, la colpa sarebbe riferibile al fatto della legge incompatibile con il diritto comunitario, che il legislatore avrebbe dovuto adeguare agli obiettivi stabiliti nella direttiva. A tal proposito, v. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois*

riferiamo alla diversità di funzioni, rispettivamente, del paradigma comunitario e del regime nazionale di responsabilità senza colpa. Come sappiamo, questo secondo si fonda non sul carattere “illecito” della legge quanto, piuttosto, sulla constatazione di un danno di particolare gravità in relazione al quale il legislatore non ha impedito l’irrisarcibilità¹³⁸. In questo quadro, è evidente che la funzione di ristabilire l’uguaglianza davanti ai pubblici poteri (obiettivo principale del regime nazionale “*sans faute*”) rappresenti un’ipotesi ben lontana rispetto all’illecito comunitario, la cui funzione è quella classica, compensativa e sanzionatoria, della responsabilità da illecito aquiliano. Infatti, nel primo caso ci troviamo di fronte ad un regime che prevede una “*responsabilité objective ... automatique [qui] permet au juge de condamner l’État sans avoir à critiquer sa conduite*”¹³⁹, fondata sull’ipotesi di una perfetta legalità dell’attività del legislatore, evidentemente non conciliabile con l’azione per danni connessa alla violazione del diritto comunitario. Quest’ultima, infatti, implica già di per sé un comportamento illegale; dunque, applicare il regime di responsabilità senza colpa risulterebbe non solo intrinsecamente contraddittorio, ma anche contrario alla logica del paradigma comunitario e incoerente con il modello nazionale¹⁴⁰.

La violazione degli obblighi incombenti agli Stati membri in virtù del diritto comunitario, che derivi da una condotta attiva o omissiva, può senza dubbio essere considerata come colposa, e pertanto risulta del tutto improprio e forzato applicarvi la disciplina della responsabilità senza colpa, fondata sull’ipotesi della legalità del comportamento del legislatore. Il

confronté au droit communautaire cit.; FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle cit.*, pag. 304 – 305.

¹³⁸ Come noto, il risarcimento è accordato al soggetto danneggiato senza coinvolgere nel giudizio il comportamento del legislatore, anzi, la responsabilità senza colpa riposa sul principio secondo cui il comportamento del legislatore sia perfettamente legale ed irrepreensibile.

¹³⁹ Cit. da J.F. BRUNET, *De la responsabilité de l’État législateur*, Université de Paris, Paris, 1936, pag. 72.

¹⁴⁰ Inoltre, la responsabilità senza colpa è esclusa in materia economica. Tenuto conto della natura economica della Comunità Europea e del diritto che la regola, ci sono forti probabilità che il legislatore nazionale possa cagionare danni tramite la violazione di discipline di natura specificamente economica. Quindi, applicare il regime di responsabilità senza colpa alle posizioni giuridiche riconosciute dal diritto comunitario avrebbe l’effetto di escludere qualsiasi forma di risarcimento, il che contraddice apertamente quanto stabilito dal giudice comunitario.

paradigma comunitario di responsabilità dello Stato condivide con il modello francese di responsabilità senza colpa unicamente il fatto che tenta di coniugare il diritto ad una forma di compensazione, a seguito di violazione di situazioni giuridiche soggettive imputabile al legislatore, da un lato, e la preservazione delle prerogative della funzione legislativa, dall'altro. Per il resto, si tratta di istituti giuridici profondamente diversi.

Una volta dimostrato tale dato, qual è la soluzione della questione in esame? In primo luogo, cominciamo con l'affermare che già da diversi anni la dottrina e, ultimamente, la giurisprudenza, hanno preso atto del rapporto di subordinazione delle leggi nazionali rispetto a fonti del diritto di rango superiore, quali il diritto internazionale e, ovviamente, il diritto comunitario. Inoltre, seppur con maggiori indecisioni, è stato interiorizzato il principio di responsabilità applicato allo Stato, considerato in una qualsiasi delle sue funzioni, come la logica conseguenza del nuovo Stato di diritto integrato dalle fonti sovranazionali¹⁴¹. Tuttavia, pur riconoscendo che le corti francesi, al momento dell'applicazione dell'illecito comunitario, hanno dimostrato un'attitudine decisamente meno ostruzionistica rispetto a giurisdizioni di altri Stati membri, è d'obbligo al contempo riconoscere le forme di resistenza, che si sono concretizzate in un lento riconoscimento della responsabilità del legislatore e, in ogni caso, nella costruzione di un'architettura giuridica ambigua ed incerta. Non a caso, come abbiamo visto, i giudici francesi hanno tentato, tramite l'elaborazione della teoria del *règlement-écran*, di far slittare l'imputazione verso l'amministrazione, in modo da poter rispettare la giurisprudenza comunitaria senza turbare principi del tutto assestati relativi ai rapporti fra poteri dello Stato. Tale criterio viene ancora utilizzato per cercare di ridurre, per quanto possibile, le ipotesi in cui la violazione sia riferibile all'attività legislativa¹⁴².

¹⁴¹ Concentrandoci sull'atteggiamento delle corti francesi al momento dell'applicazione dell'illecito comunitario, notiamo un'attitudine decisamente meno ostruzionistica rispetto a giurisdizioni di altri Stati membri. A tal proposito Théodore Georgopoulos segnala che "*l'attitude des juridictions françaises en matière de responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire est nettement plus fidèle aux prémisses de la jurisprudence de la Cour de justice que celle des juridictions allemandes*". Cit. da T. GEORGOPOULOS, *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve de droit communautaire: la fonction de contre-pouvoir*, Dalloz, Paris, 2005, pag. 398.

¹⁴² Tale "ipocrisia" è ovviamente assecondata dai cittadini danneggiati che, interessati ad ottenere il risarcimento del danno anche a scapito della corretta individuazione del soggetto autore dell'illecito, tendono ad allegare una violazione imputabile alla Pubblica

A tal proposito, come sappiamo, il CDE ha avuto modo di pronunciarsi nella sentenza Gardedieu, che ha introdotto una “*petite révolution*” in questo campo, affermando che il soggetto danneggiato ha diritto ad un risarcimento, e che non è applicabile il tradizionale regime di responsabilità senza colpa¹⁴³. Tuttavia, le affermazioni del giudice hanno lasciato margini di incertezza, circa il fondamento di tale nuovo regime, a proposito del quale sono state formulate due diverse interpretazioni. Secondo una prima interpretazione, ci troveremmo di fronte ad un regime autonomo rispetto alle tradizionali categorie di responsabilità “*sans faute*” e “*fautive*”. Si tratterebbe, dunque, di un regime speciale, *sui generis* e di natura oggettiva, applicabile solo nel caso in cui si verificano le tre condizioni imposte dalla giurisprudenza comunitaria. Tale posizione, espressa dal Commissario del Governo L. Derepas, propone la sussistenza di un terzo regime di responsabilità¹⁴⁴. Tale soluzione, tuttavia, presenta un evidente difetto, consistente nel fatto che in questo modo si provocherebbe un’evidente asimmetria in casi di violazione del diritto comunitario collegati all’attività legislativa, a seconda che sia intervenuto un successivo decreto attuativo. Infatti, nel caso in cui il danno fosse provocato da un atto amministrativo fondato su una legge incompatibile con il diritto comunitario, si continuerebbe ad applicare il tradizionale regime di responsabilità colposa; in mancanza di tale atto amministrativo, sarebbe di applicazione il presunto nuovo regime. Il che condurrebbe ad una evidente e probabilmente inaccettabile disparità di tutela fra cittadini francesi.

Amministrazione piuttosto che al legislatore, nella certezza che rivolgendosi nei confronti della prima, la propria domanda avrà maggiori probabilità di essere accolta.

¹⁴³ Cfr. CE, 8 febbraio 2007, *Gardedieu*, JCP A 2007, act. 150.

¹⁴⁴ Tale tesi si fonda sul principio per cui il giudice è ancora oggi “*bouche de la loi*”, e quindi non può, se non grazie ad un’espressa investitura, emettere un giudizio circa la condotta del legislatore. Tuttavia, se il giudice francese non può applicare al legislatore un regime di responsabilità per colpa in quanto giudice interno, può tuttavia applicare il diritto europeo (e quindi, ovviamente, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia), in quanto giudice decentrato di diritto comunitario o « *juge européen de la responsabilité* ». A tal proposito, v. F. CHALTIEL, *Le juge administratif, juge européen*, in *Revue de droit Public en France et à l’étranger*, 6, 2008, (pp. 283 - 290). Per cui, esisterebbe un regime speciale di responsabilità del legislatore nella specifica ipotesi di violazione del diritto comunitario.

Secondo una diversa interpretazione, ci troveremmo di fronte ad un caso in cui si applica, eccezionalmente, il regime di responsabilità per colpa¹⁴⁵. Questa seconda soluzione provoca un'evidente forzatura delle tradizionali categorie, poiché mette in discussione il classico assetto fra regimi di responsabilità. Tuttavia, permette, coerentemente con il paradigma comunitario, di introdurre un'ipotesi speciale di responsabilità colposa del legislatore, senza configurare alcun "terzo regime" di responsabilità. Non stupisce che tale impostazione incontri vigorose resistenze, e che in futuro non possa che condurre ad una rivisitazione anche della responsabilità del legislatore in diritto interno¹⁴⁶. Secondo una terza posizione, tale fattispecie potrebbe rientrare nella responsabilità senza colpa, fondata sull'anormalità del fatto generatore, consistente nell'approvazione di una legge anticomunitaria¹⁴⁷. D'altra parte, vi è chi ha sostenuto che tale fattispecie potrebbe essere qualificata come responsabilità senza colpa "*du fait du gardien*", disciplinata all'art. 1384 c.c.¹⁴⁸. A tal proposito alcuni autori hanno fatto riferimento alle questioni relative agli appalti pubblici: "*Considérant que le maître d'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages dont il a la garde peuvent causer aux tiers en raison tant de leur existence que de leur fonctionnement*"¹⁴⁹. Secondo tale interpretazione, dunque, il CDE

¹⁴⁵ Si tratta della soluzione ampiamente sostenuta dalla dottrina francese. A tal proposito, v., fra gli altri, C. DEFFIGIER, *L'éventuelle responsabilité de l'État pour faute du fait de l'inconventionnalité de la loi*, in A.J.D.A., 59, 18, 2003, (pp. 955 - 958).

¹⁴⁶ Tra l'altro, segnaliamo che il richiamo delle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia è privo di conseguenze pratiche, poiché in ogni caso si tratta di presupposti che gli Stati non possono che rispettare, a costo di commettere un'ulteriore violazione del diritto comunitario, sanzionabile tramite la procedura di infrazione, nonché potenzialmente foriera di ulteriori conseguenze in termini patrimoniali nei confronti degli eventuali soggetti danneggiati.

¹⁴⁷ Cfr. G. CLAMOUR, *Le sens des responsabilités...à propos de l'arrêt Gardedieu*, in *Recueil Dalloz*, 2007, (pp. 1214-1220). Lo stesso autore che propone questa tesi, ne sottolinea le controindicazioni: "*Retenir une responsabilité sans faute revient donc à ruiner non seulement l'unité de la catégorie, mais aussi la logique d'ensemble de la responsabilité administrative. Retenir une responsabilité sui generis, c'est préserver, un temps, l'architecture existante tout en déstabilisant simultanément le pilier de la responsabilité pour faute fondé sur l'anormalité du fait générateur*". Cit. da *Ibid.*, pag. 1220.

¹⁴⁸ "*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde*".

¹⁴⁹ Cit. de CE 3 maggio 2006, *Commune de Bollène, Syndicat intercommunal pour l'aménagement et l'entretien du réseau hydraulique du Nord Vaucluse*, A.J.D.A., 2007, 204, note M. Deguerque.

sostituirebbe alla classica responsabilità senza colpa fondata sul rischio, una responsabilità senza colpa per fatto altrui. Secondo parte della dottrina, tuttavia, un tale criterio, pur avendo il merito di unificare la giurisprudenza civile ed amministrativa, condurrebbe a snaturare le nozioni civilistiche sottese a tale istituto, e risulterebbe quanto meno artificioso¹⁵⁰.

Le difficoltà di inquadramento di questa nuova fattispecie dimostrano che si tratta di una figura che non può essere affrontata secondo le tradizionali categorie, per cui bisogna accettare che il suo ingresso nell'ordinamento francese rompa con il tradizionale dualismo, e distrugga l'equilibrio fra i rispettivi fondamenti. Il tema rimane aperto. A questo punto, è possibile svolgere alcune riflessioni a proposito dei contraccolpi della giurisprudenza comunitaria sul diritto interno. In primo luogo, segnaliamo che, evidentemente, nel caso in questione, il rapporto fra responsabilità per violazione del diritto comunitario e responsabilità per illecito costituzionale si pone in termini molto diversi rispetto alle altre esperienze considerate¹⁵¹. Infatti, la responsabilità del legislatore, in Francia, non deriva da un cattivo esercizio di attività vincolata, ma dall'eccezionale constatazione della violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri. Del resto non poteva essere diversamente, perché nell'ordinamento francese, tradizionalmente caratterizzato da un controllo di costituzionalità esclusivamente preventivo ed astratto, fino alla recentissima riforma costituzionale era impossibile che entrasse in vigore una legge successivamente dichiarata incostituzionale¹⁵². Per cui, fino a tempi

¹⁵⁰ Cfr. D. POUYAUD, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *R.F.D.A.*, 3, mai – juin 2007, (pp. 525 – 534), pag. 529.

¹⁵¹ La responsabilità senza colpa del legislatore, in Francia, non deriva da un cattivo esercizio di attività vincolata, ma dall'eccezionale constatazione della violazione dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri.

¹⁵² Recentemente è stata approvata la *LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, di applicazione della *LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*. In precedenza, la dottrina aveva denunciato gli elementi di debolezza ed incoerenza del controllo meramente preventivo e astratto di costituzionalità delle leggi: *"En effet, alors que le citoyen peut défendre – en légalité comme en responsabilité – ses droits tirés du droit international à tout moment, ce même citoyen ne dispose d'aucun moyen de faire défendre ses droits tirés du droit constitutionnel. Il en résulte une question de cohérence au sommet de l'État. Jusqu'à la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, seules les quatre plus hautes autorités de l'État avaient le droit de déférer au Conseil,*

recentissimi, un caso di questo genere semplicemente non è stato configurabile. Tuttavia, la dottrina francese ha a più riprese richiamato la dottrina europea anche a questo proposito, affermando che, se il *Conseil Constitutionnel* potesse svolgere un controllo di costituzionalità a posteriori, apparirebbe del tutto ammissibile per il giudice ordinario applicare il regime di responsabilità per colpa anche in un caso di legge incostituzionale¹⁵³. Siamo in attesa di verificare se quella che è stata una mera supposizione avrà delle conseguenze pratiche, a seguito dell'introduzione, anche in Francia, di un controllo di legittimità costituzionale delle leggi *a posteriori* svolto dal *Conseil Constitutionnel*, interpellato, in via incidentale, dalla *Court de Cassation* o dal CDE¹⁵⁴.

Probabilmente, le sollecitazioni delle istituzioni europee potrebbero spingere la Francia ad una rivisitazione del regime “*sans faute*”. La dottrina sembra ormai preparata ad uno sviluppo di questo tipo; infatti, già da alcuni decenni la dottrina ha messo in dubbio il carattere generale e

avant sa promulgation, une loi définitivement adoptée par le Parlement: le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. La révision de l'article 61 de la Constitution a étendu cette prérogative à 60 députés ou 60 sénateurs. Le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. À ce jour, les citoyens ne peuvent donc saisir, ni directement ni indirectement, le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi. Toutefois, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit dans la Constitution un article 61-1 qui crée la question prioritaire de constitutionnalité. Cette réforme ouvre aux citoyens le droit de contester la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un procès. Le Conseil constitutionnel pourra alors en être saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. L'entrée en vigueur de cette réforme est subordonnée à l'adoption par le Parlement d'une loi organique, afin que soient précisées les modalités d'application du nouvel article 61-1 de la Constitution". Cit. da F. CHALTIEL, *D'une pierre, deux coups: primauté et responsabilité renforcées*, in *La Loi/Le Quotidien Juridique*, 43, 2007, (pp. 5 - 9), pag. 9. Queste istanze sono state accolte con la recentissima riforma costituzionale,

¹⁵³ A tal proposito, v. BON, *La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées cit.*, pag. 155, secondo cui “*Le droit comparé montre d'ailleurs que la question de la responsabilité de l'État législateur est devenue l'un des grands problèmes d'actualité du droit public, provoquant ou laissant entrevoir des évolutions considérables. Il serait étonnant qu'il n'en aille pas bientôt de même en France*”.

¹⁵⁴ Ci riferiamo alla già citata *LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*. Tale riforma, di particolare impatto per l'ordinamento francese, consente di immaginare che anche in Francia si possa in futuro porre il problema della responsabilità per illecito comunitario. Tuttavia, l'assoluta mancanza di sentenze a tale riguardo, non aiuta ad esprimere compiute riflessioni. E' possibile affermare, inoltre, che il regime giuridico di tale meccanismo, caratterizzato da un sistema di doppio filtro il “*caractère sérieux*” della questione, lascia supporre che ben difficilmente il controllo di costituzionalità delle leggi potrà decollare. Cfr. F. FABBRINI, *Il nuovo modello di Giustizia costituzionale francese*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2008, (pp. 894 – 897), pag. 896.

astratto della legge¹⁵⁵, su cui si sono fondate le tesi che negavano la responsabilità del legislatore. Tale impostazione ha caratterizzato, in tempi più recenti, anche alcune giurisdizioni¹⁵⁶. Ormai, il CDE sembra propenso a riconoscere la responsabilità del legislatore in termini meno restrittivi rispetto al passato: “*le silence d’une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer*”¹⁵⁷. Sono ormai solamente presi in considerazione i caratteri del pregiudizio, che, come sempre a proposito della responsabilità senza colpa, devono essere di carattere “*grave et spècial*”¹⁵⁸. Tuttavia, la dottrina è del tutto concorde nel considerare quanto mai deludente il bilancio a proposito dell’applicazione della responsabilità per fatto del legislatore da parte del CDE. In seguito alla sentenza *La Fleurette*, il principio della responsabilità del legislatore ha trovato applicazione solo in tre occasioni, a fronte di una ventina di sentenze di rigetto¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. H. DUPEYROUX, *Sur la généralité de la loi*, Mélanges R. Carré de Malberg, Librairie Edouard Duchemin, Topos Verlag AG – Vaduz, Liechtenstein, Paris, 1977, (pp. 135 - 161), pag. 135. Pag. 150: “*la notion absolue de généralité est une notion chimérique*”.

¹⁵⁶ Si pensi all’*arrêt Plan*, del 1 febbraio 1994, in cui la *Court administrative d’Appel* di Lione ha dimostrato il desiderio di cercare un punto di equilibrio fra l’interesse generale e la protezione degli amministratori. CAA Lyon, 1 febbraio 1994, *Plan*, Rec., pag. 1174. Nel caso di specie, il fatto che la legge del 10 luglio 1976 avesse qualificato la preservazione delle specie animali come principio di interesse generale non ha impedito al giudice amministrativo di dichiarare la responsabilità dello Stato nella misura in cui la legge proibiva a un agricoltore di proteggersi efficacemente contro i danni provocati da delle “*flamants roses*”. La corte sottolineò che la legge in alcun punto faceva intendere che il legislatore avesse voluto escludere la responsabilità senza colpa, seconda la giurisprudenza *La Fleurette*.

¹⁵⁷ CE 2 nov. 2005, *Sté coopérative agricole Ax’ion*, A.J.D.A. 2006. 142, chron C. Landais et F. Lenica.

¹⁵⁸ Questo carattere del pregiudizio è un tratto comune a tutti i regimi di responsabilità senza colpa in diritto amministrativo francese.

¹⁵⁹ Cfr. M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Responsabilité sans faute*, in *Juris-Classeur. Responsabilité de la puissance publique*, pag. 22. In seguito alla sentenza *la fleurette*, il Consiglio di Stato ha accordato un risarcimento nella sentenza *Caucheteux et Desmots* per il danno subito da un’impresa specializzata nella produzione del glucosio da birra a causa di una legge che limitava la percentuale di prodotti che non fossero malto e luppolo nella fabbricazione della birra (CE 21 janv. 1944, *Caucheteux et Desmots*, R. 22). Nel caso Bovero, il diritto al risarcimento è stato riconosciuto a un soggetto che non aveva potuto recuperare gli immobili di sua proprietà a cause dell’atto avente forza di legge che proibiva l’espulsione delle famiglie dei militari di stanza in Africa del Nord (CE 25 janv. 1963, *Ministre de l’Intérieur c/Bovero*, A.J.D.A. 1963, 203). La responsabilità senza colpa è stata riconosciuta anche nel caso CAPRI a proposito del titolare di un permesso per costruire il cui cantiere era stato interrotto in seguito alla scoperta, sotto il sito, di rovine di

Anche in questo caso, ci chiediamo se, in prospettiva, risponda ad esigenze di giustizia un sistema di responsabilità aquiliana in caso di violazione del diritto comunitario e, parallelamente, di un sistema eccezionale di indennizzo, nel caso di violazione di posizione giuridica fondata sul diritto nazionale¹⁶⁰. Infatti, in mancanza di un *revirement* del CDE, nella perdurante inattività del legislatore a tale riguardo, persisterà l'attuale situazione per cui, in ottica di mero ordinamento nazionale, risulterà *“juridiquement et politiquement impossible de déceler une faute dans l'activité législative, incontestable par le juge sitôt promulguée”*¹⁶¹. Si tratta, evidentemente, di un aspetto tutt'ora in evoluzione, non privo di elementi di incertezza, e costellato da profili estremamente problematici: *“Le trio infernal juge administratif, droit international, responsabilité, est donc bien toujours à l'oeuvre et n'a peut-être pas fini de faire parler de lui”*¹⁶².

interesse storico (CE 18 dèc 1981, *Ministre de Culture et communication c/ Cie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)* Rec. Leb., 1981, pag. 478).

¹⁶⁰ Infatti, nei casi in cui il CDE si appella alla nozione di violazione dell'uguaglianza davanti alle pubbliche funzioni *“le dommage y est causé en connaissance de cause et cependant régulièrement; en imposant à certains particuliers une charge spéciale le législateur, le gouvernement ou l'administration étaient dans leur droit d'imposer de telles charges, exactement comme l'administration a le droit de procéder par exemple à des réquisitions. Le principe de l'égalité devant les charges publiques doit donc être considéré comme radicalement étranger à toute hypothèse de responsabilité, d'autre part les hypothèses dans lesquelles il fonde le droit à indemnité sont étrangères à la notion de responsabilité”*. Cit. da R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, L.G.D.J., Paris, 1953, pag. 346.

¹⁶¹ Cit. da J. RIVERO, J. WALINE, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2004, pag. 300.

¹⁶² Cit. da CANEDO-PARIS, *Le juge administratif, le droit international et la responsabilité cit.*, pag. 802.

La responsabilità per fatto del giudice.

La responsabilità dello Stato per fatto del giudice è stata disciplinata dall'art. 11 della legge del 5 luglio 1972 di riforma della procedura civile¹⁶³, secondo il quale "*l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice*", e che la sua responsabilità "*n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice*". Tale disciplina interessava però la giustizia civile, pertanto, anche in seguito al 1972, è stato mantenuto il principio di irresponsabilità generale e assoluta dello Stato per il funzionamento della giustizia amministrativa¹⁶⁴. Tale situazione di irresponsabilità per fatti della giustizia amministrativa si è concluso con la sentenza Darmont¹⁶⁵, con cui il CDE ha abbandonato il principio dell'irresponsabilità dello Stato derivante dal funzionamento della giustizia amministrativa fondandosi sui principi generali del diritto e considerando, comunque, inapplicabile la legge del 5 luglio 1972¹⁶⁶.

La disciplina della responsabilità per fatto del giudice in Francia è particolarmente restrittiva. Il CDE subordina il risarcimento alla prova, da parte del soggetto danneggiato, di una colpa grave "*dans l'exercice de la fonction juridictionnelle*"¹⁶⁷. Inoltre, la responsabilità non può derivare dal contenuto della sentenza definitiva, tenuto conto "*de l'autorité qui s'attache à la chose jugée*".

Queste rigide condizioni hanno fatto sì che le poche decisioni sul punto abbiano sempre rigettato la domanda della parte attrice¹⁶⁸. La situazione è

¹⁶³ JO 9 juill. 1972, pag. 7181.

¹⁶⁴ A tal proposito, la giurisprudenza era granitica, e la dottrina constataba unanimemente tale situazione di irresponsabilità ma, al contempo, formulava critiche e prospettive di evoluzione.

¹⁶⁵ CE, ass., 29 déc. 1978, préc.: A.J.D.A. 1979, pag. 45, nota M. Lombard.

¹⁶⁶ Ciononostante, la dottrina è unanime nel ritenere che tale legge sia stata un fattore determinante, poiché sul terreno della responsabilità dello Stato una netta disparità fra giurisdizioni civili e giurisdizioni amministrative appare del tutto ingiustificabile. J. MOREAU, *La responsabilité de l'État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative*, in *La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales*, 31, 2008, (pp. 33 – 36), pag. 34.

¹⁶⁷ CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. 542.

¹⁶⁸ A tal proposito v., per una giurisdizione amministrativa di diritto comune, CE, 7 dicembre 1990, n° 85009, *SCI Les Mouettes*: Juris Data n° 1990-647449; Rec. CE 1990,

mutata con la sentenza Magiera del 28 giugno 2002, a seguito della sistematica condanna dello Stato francese, da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione del diritto ad un equo processo (per eccessiva durata)¹⁶⁹. Il CDE, con la sentenza Magiera ha applicato la giurisprudenza Darmont, ma in più ha subordinato il risarcimento di un danno risultante dalla durata anormale della procedura ad un regime di colpa semplice e non di colpa grave¹⁷⁰. Nel caso in questione, nonostante il rigetto dell'azione, il CDE ha corretto il percorso inaugurato dalla sentenza Darmont per approssimarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e alla sentenza Köbler in particolare. Infatti, appare evidente l'incompatibilità fra la sentenza Darmont e la sentenza Köbler: se il CDE non fosse intervenuto, avrebbe comportato un'evidente violazione del diritto comunitario da parte dello Stato francese. Si tratta, in definitiva, di un'eccezione apportata ad una situazione già di per sé eccezionale, e pertanto destinata ad essere applicata in ipotesi molto isolate. Il CDE, presto o tardi, avrebbe dovuto approdare ad una soluzione di questo tipo, ma non manca chi rileva il rischio che tale soluzione metta in serio pericolo principi fondamentali quali, appunto, l'autorità della cosa giudicata¹⁷¹.

Il problema fondamentale riguarda gli effetti della pronunce del giudice comunitario sulla giurisprudenza Damont-Magiera, sotto due diversi profili. Da un lato, ci riferiamo alle conseguenze dirette, derivanti

tables pag. 852; per una giurisdizione amministrativa speciale, CE, 1 aprile 1992, n° 85015, *Sté Cicomap et Charbit*. JurisData n°1992 – 043359; Rec. CE 1992, pag. 14 6.

¹⁶⁹ La prima di queste sentenze ha affermato che “*les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable*”, fondandosi sull'art. 6 par. 1 e sull'articolo 13 della Convenzione Europea. La questione dell'eccessiva durata dei processi è stata alla base di numerose controversie, sulle quali si è più volte espressa anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Oltre alla sentenza Magiera e alla già citata CE, 18 giugno 2008, n° 295831, *Robert Gestas*, v. la recentissima CE, 6 marzo 2009, *M. Et Mme Le Helloco*, req. n° 312625. Per un commento di questa ultima pronuncia, v. R. KELLER, *Responsabilité du fait d'une durée excessive de jugement et jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 3, mai-juin 2009, (pp. 546 – 550).

¹⁷⁰ Cfr. J. COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influences européenne?*, in *A.J.D.A.*, 60, 8, 2004, (pp. 423 - 431).

¹⁷¹ In ogni caso, la soluzione applicata dal giudice comporta che la responsabilità dello Stato possa derivare dal contenuto di una decisione giurisdizionale passata in giudicato, il che comporta quanto meno indirettamente un attentato all'autorità della cosa giudicata. Cfr. MOREAU, *La responsabilité de l'État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative cit.*

dall'applicazione dell'illecito comunitario all'attività giurisdizionale e, d'altra parte, agli effetti indiretti sulla responsabilità civile per fatto del giudice in diritto interno. In particolare, le questioni principali riguardano le sorti del principio di irresponsabilità nel caso in cui l'illecito dipenda dal contenuto di una sentenza definitiva; altro profilo problematico riguarda l'elemento soggettivo necessario perché vi possa essere responsabilità dello Stato; infine, tale principio proietta importanti effetti circa l'organizzazione giudiziaria e la funzione da essa esplicata. A proposito della prima, non c'è dubbio che il principio di intangibilità della cosa giudicata, a seguito della sentenza Köbler, esca quanto meno ritematizzato. Tuttavia, il principio di irresponsabilità previsto in diritto francese può essere preservato, considerando il diverso fondamento delle posizioni giuridiche danneggiate. In altri termini, il principio introdotto dalla Corte di giustizia si applica quando la violazione interessi posizioni giuridiche comunitarie, ma non quando il fondamento risulti nel diritto interno¹⁷².

Il medesimo ragionamento, con analoghe controindicazioni, è applicabile alla questione relativa all'elemento soggettivo. Ci riferiamo al fatto che la "*faute lourde*" richiesta dall'ordinamento francese non coincide con l'elemento soggettivo richiesto dal diritto comunitario. Si tratta di un tema piuttosto complesso perché i giudici francesi hanno sempre evitato di fornire una definizione onnicomprensiva di "*faute lourde*", e hanno preferito un apprezzamento della sua sussistenza caso per caso. Si tratta di un campo in cui non si può che ragionare per congetture e, a tal proposito, la dottrina francese ha cercato di distinguere tra diverse ipotesi, ovvero la colpa derivante da un vizio di procedura, la colpa derivante da un errore nell'apprezzamento dei fatti e, infine, quello della colpa derivante da un errore nel ragionamento giuridico. Probabilmente, si potrebbe inserire la violazione del diritto comunitario in questa terza ipotesi.

Con la sentenza Robert Gestas, il CDE ha mantenuto il regime generale delineato dalla giurisprudenza Darmont e ha introdotto una nuova eccezione applicabile ai casi di violazione del diritto comunitario. Gli

¹⁷² A tal proposito, vi è chi ha comunque sottolineato un'inevitabile «*perte de cohérence et de lisibilité de la jurisprudence*». Cit. da COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif cit.*, pag. 428.

elementi di incertezza, tuttavia, permangono. Infatti, conformemente alla sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, l'irricevibilità di un'azione di responsabilità fondata sul contenuto di decisioni definitive, in caso di violazione del diritto comunitario, è stato abbandonato¹⁷³.

Rimangono, invece, incerte le sorti della necessità di provare la colpa grave, perché non è chiaro se questa concorra o rientri nella violazione del diritto comunitario. A tal proposito, ricordiamo che il commissario del governo ha sostenuto l'equivalenza fra la colpa grave e la violazione sufficientemente caratterizzata, ma la dottrina ha più volte sostenuto che tale affermazione sia quanto meno azzardata¹⁷⁴. Infatti, benché tali condizioni abbiano una funzione analoga, ovvero quella di restringere le ipotesi di responsabilità a determinati tipi di illeciti di particolare gravità, ciò non significa che il contenuto sia il medesimo. Sarebbe pertanto meglio sostituire alla colpa grave la violazione sufficientemente caratterizzata nei casi di violazione del diritto comunitario, il che permetterebbe la coesistenza dei due modelli, ma potrebbe condurre ad una asimmetria di tutele non del tutto sostenibile. Si tratta, ancora una volta, di un'ipotesi eccezionale, su cui il CDE si è espresso episodicamente. Anche in questo caso, ci si può interrogare sulla possibilità che coesistano discipline diverse a seconda del fondamento delle posizioni giuridiche violate.

¹⁷³ A tal proposito le obiezioni si sono moltiplicate. Infatti, la dottrina francese, in consonanza con altre dottrine europee, ha sottolineato che tale soluzione, benché formalmente non influisca sull'autorità del giudicato, quanto meno in filigrana riveli un errore nel giudicato e metta in pericolo l'autorità materiale della cosa giudicata. Inoltre, trattandosi di sentenza suscettibile di ricorso, riconoscere una responsabilità per fatto del contenuto di una decisione definitiva rischia di intralciare le normali vie di appello. Cit. da POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle cit.*, pag. 1181.

¹⁷⁴ Il Commissario a tal proposito ha sostenuto che *“même si les termes et concepts employés ne sont pas les mêmes, la condition de «violation suffisamment caractérisée» du droit communautaire prévue par l'arrêt Köbler (points 53 à 56 de l'arrêt) nous paraît compatible avec l'exigence d'une faute lourde en ce qu'elle exige que l'erreur commise soit manifeste, de telle sorte que la juridiction qui se serait livrée à une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire commettrait inévitablement une faute lourde”*. Cit. de C. DE SALINS, *La responsabilité de l'État in Revue française de droit administratif*, 4, 2008, (pp. 755 – 761). *Conclusions sur Conseil d'État, 18 juin 2008, M. Gestas*, req. N. 295831, pag. 758. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice cit.*, pag. 44.

La responsabilità degli enti locali.

Come segnalato nel capitolo II, la Corte di giustizia con la sentenza Haim ha affermato che può essere responsabile per violazione del diritto comunitario non solo lo Stato, ma anche un organismo di diritto pubblico dello Stato medesimo o una sua articolazione funzionale¹⁷⁵.

All'illecito comunitario imputabile alle articolazioni funzionali dello Stato dedichiamo solo un breve passaggio, perché la questione non pone particolari problemi sotto il profilo giuridico. Inoltre, ad oggi, le sentenze relative a tale fattispecie sono in numero particolarmente esiguo¹⁷⁶.

Per quanto riguarda i soggetti pubblici decentrati, ricordiamo che le istituzioni europee, dopo una prima fase di indifferenza nei confronti dell'articolazione politica interna degli Stati membri, ha riservato a tali realtà un'attenzione sempre maggiore¹⁷⁷. In questo modo le collettività locali, che per lungo tempo sono state escluse dal processo comunitario, sono diventate soggetti di diritto comunitario e, come tali, esercitano tutti i diritti e assumono i relativi obblighi. In Francia, in cui pure, come noto, il decentramento politico è meno pronunciato che in altri Stati membri, questa estensione dell'illecito comunitario può avere effetti dirompenti, poiché *“la plupart des communes et des établissements publics de coopération intercommunale, dont les moyens paraissent déjà insuffisants pour remplir leurs obligations dans le respect des normes nationales, rencontrent de sérieuses difficultés pour accéder au droit communautaire, le maîtriser et le mettre en oeuvre. De ce fait, les autorités locales risquent*

¹⁷⁵ Cfr. Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123.

¹⁷⁶ L'unica sentenza passata in giudicato relativa ad un'azione promossa nei confronti di un'articolazione funzionale, è quella relativa ad una violazione commessa da un organismo privato incaricato dell'esecuzione di un servizio pubblico CE, 23 marzo 1983, *SA Bureau Véritas*, Leb. 134. Si trattava di una società abilitata dal Governo a rilasciare certificati ed autorizzazioni per la navigazione aerea, e quindi investita, in virtù del decreto ministeriale del 6 settembre 1967, di prerogative di carattere pubblico. Detta società rilasciò un certificato in ritardo, per cui fu condannata dal massimo giudice amministrativo francese a rispondere personalmente dell'illecito. Cfr. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne cit.*, pag. 472.

¹⁷⁷ Ad esempio, l'articolo 2 della direttiva del 25 giugno 1980 della Commissione Europea, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra Stati membri e imprese pubbliche, nella definizione dei pubblici poteri sottoposti a tale disciplina, fa espresso riferimento alle collettività territoriali.

*d'être, dans les années à venir, confrontées à une augmentation importante du contentieux indemnitaire fondé sur la violation de leurs obligations communautaires*¹⁷⁸.

La riforma costituzionale del 28 marzo 2003 (L. n. 2003-276, 28 mars 2003: JO 29 mars 2003, p. 5568) ha condotto ad un più accentuato decentramento ed all'estensione delle competenze locali, con conseguente aumento del contenzioso¹⁷⁹. Infatti, l'ampliamento delle loro funzioni e i maggiori obblighi in settori numerosi ed importanti ha condotto all'apparizione ed all'aggravamento della loro responsabilità per violazione del diritto comunitario, tanto che, nel corso del 2003, il CDE, su richiesta del Primo Ministro, ha elaborato uno studio volto a chiarire la possibilità di conciliare la responsabilità esclusiva dello Stato in diritto comunitario con il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali e con quello dell'organizzazione decentrata della Repubblica¹⁸⁰. Anche se tale studio concerne principalmente la responsabilità dello Stato nei confronti della Comunità, in particolare in riferimento alla procedura d'infrazione regolata dall'art. 228.2 del Trattato CE, dimostra come negli ultimi anni il crescente aumento delle competenze degli enti territoriali e, soprattutto, l'assunzione di importanti funzioni di rilevanza comunitaria, abbiano condotto ad una

¹⁷⁸ Cit. da S. LECLERC, X. MONDÉSERT, *Vers une responsabilité des collectivités territoriales en cas de violation du droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 3, 2002, (pp. 201 – 209), pag. 201. In realtà, a partire dai primi anni '80 del secolo scorso, è iniziato un processo di decentramento. A tal proposito, ricordiamo le leggi approvate, rispettivamente, il 28 gennaio, 2 marzo e 22 luglio 1982, relative "*aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*". Nel corso degli anni '80 sono state approvate altre leggi, in seguito raccolte nel *Code général des collectivités territoriales* (CGTC), approvato con legge n° 96-142. Per un approfondimento di tale normativa, v. DUPUIS, *Droit administratif cit.*, pag. 218 e ss.

¹⁷⁹ Le competenze delle collettività locali non sono solo amministrative, ma anche regolamentari, ai fini dell'esercizio delle loro competenze. Si tratta in primo luogo di normativa che regola lo stesso diritto istituzionale delle collettività, espressione della libertà di autoorganizzarsi. Vi possono essere, tuttavia, anche regolamenti che interessano direttamente i cittadini quali quelli relativi alle polizie locali, e a questioni urbanistiche. Inoltre, vi possono essere regolamenti relativi al potere finanziario locale. A tal proposito, v. B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, L.G.D.J., Paris, 1998, pag. 31 e ss. Inoltre, alle collettività locali spetta l'emanazione di regolamenti attuativi di leggi nazionali: in questo modo anche gli enti locali assumono le competenze normative di cui in principio non disporrebbero. Per un approfondimento sui presupposti teorici di queste dinamiche, v. M. JOYAU, *De l'autonomie des Collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, L.G.D.J., Paris, 1998, pag. 123 e ss.

¹⁸⁰ Tale studio, intitolato "*Collectivités territoriales et obligations communautaires*" è stato pubblicato nell'aprile 2004. CE, ass. Gle, 23 oct. 2003, Étude adoptée le 23 octobre 2003 par l'assemblée générale du Conseil d'État: E.Belliard et C. De Salins, *Études du CE*, Paris, Doc. Fr. 2004.

maggiore preoccupazione nei confronti della responsabilità per fatto degli enti locali anche in uno Stato tradizionalmente accentrato come quello francese¹⁸¹. In generale, lo studio ha individuato le materie nelle quali, anche a seguito della riforma del 2003, le violazioni del diritto comunitario sono più frequenti: si tratta delle materie legate alla tutela dell'ambiente (gestione dell'acqua e dei rifiuti, informazione al pubblico, ecc.), i pubblici mercati (pubblicità, mise en concurrence), gli aiuti pubblici alle imprese e, soprattutto negli ultimi tempi, la gestione dei fondi strutturali.

Per quanto riguarda le possibili violazioni commesse da altri enti locali, quali Comuni ed aree metropolitane, tema particolarmente sensibile è quello relativo alla tutela dell'ambiente. A tale proposito, sono disponibili diverse sentenze dei giudici amministrativi¹⁸².

Un ambito particolarmente sensibile riguarda i meccanismi di appalti e subappalti di servizi pubblici locali, che sono stati rivoluzionati da alcune direttive comunitarie¹⁸³. In questi campi, le sentenze dei giudici amministrativi non sono mancate. Si pensi alla pronuncia del CDE, che ha aperto una nuova fase in tema di appalti pubblici e subappalti, e che ha esplicitamente affermato il dovere, da parte delle collettività locali, di

¹⁸¹ Un commento relativo a tale studio è costituito da C. GAUTHIER, *Comment concilier la responsabilité exclusive de l'État en droit communautaire avec, en droit interne, les principes de libre administration des collectivités territoriales et d'organisation décentralisée de la République?*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 38, 2004, (pp. 1189-1190).

¹⁸² A tal proposito, ricordiamo che la Corte di giustizia ha ravvisato una violazione del diritto comunitario da parte dello Stato francese consistente, nella mancata attuazione della Direttiva del 16 giugno 1975, relativa alla qualità delle acque potabili (CGCE 8 marzo 2001, *Commission c/ France*, aff. C-266/99, D. 2001, inf. rap. pag. 1073). Parallelamente, in diritto interno, il *tribunal administratif* di Rennes ha condannato lo Stato per tardivo recepimento dell'art. 5 della direttiva del 12 dicembre 1991 relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento da nitrato (TA Rennes 2 maggio 2001, *Suez-Lyonnaise des eaux*, A.J.D.A. 2001, pag. 593, concl. Jean-François Coënt). Detto giudizio ha coinvolto anche il distretto di Guingamp. In un altro caso, il CDE si è espresso a proposito della compatibilità dell'articolo L. 2122-21-9° del *Code général des collectivités territoriales*, che impone al sindaco di adottare le misure necessarie per la non proliferazione dei lupi, con gli obiettivi posti dalla direttiva del Consiglio del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali, della fauna e della flora selvatica (CE 8 dicembre 2000, *Commune d'Auvare*, Coll. *territ.-Intercommunalité* mars 2001, n° 62).

¹⁸³ v. M.-T. SUR, *Services publics locaux: l'ouverture européenne*, in A.J.D.A., 1990, (pp. 779 - 785), pag. 779; C. BOITEAU, *Concept communautaire de service public et services publics locaux*, in R.F.D.A., 1995, pag. 320 .

attuare il diritto comunitario senza alcun intervento da parte delle autorità statali centrali¹⁸⁴.

Parallelamente, i mercati pubblici di forniture lavori e servizi sono stati interessati da diverse direttive che coinvolgono le collettività territoriali, competenti sulla maggior parte delle comande pubbliche¹⁸⁵. Un'altra sentenza del giudice amministrativo francese di ultimo grado riguarda l'ambito dei contratti di diritto privato conclusi da soggetti pubblici locali; nel caso in questione, il giudice ha imposto anche in capo agli enti locali gli obblighi che incombono in primo luogo allo Stato, affermando che il mancato rispetto da parte di quest'ultimo non può giustificare il mancato adempimento da parte dei primi¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Ci riferiamo alla sentenza CE Ass. 6 février 1998, *Tête, Leb.* pag. 30; *A.J.D.A.* 1998, pag. 403, chron. Fabien Raynaud et Pascale Fombeur; *R.F.D.A.* 1998, pag. 407, concl. H. Savoie. Il giudice, investito di una richiesta di annullamento della delibera del "*conseil de la communauté urbaine de Lyon (ci-après Courly)*", datata 18 luglio 1991, di approvazione della realizzazione di una strada, giudicò che la libertà di subappalto (che non richiedeva alcuna pubblicità), era contraria agli obiettivi della direttiva del 26 luglio 1990.

¹⁸⁵ Cfr. P.-A. FÉRAL, *Les incidences du droit communautaire sur les marchés publics des collectivités territoriales françaises*, in *Gazette du Palais*, 1997, (pp. 5 - 9); T. CÉLÉRIER, *La jurisprudence communautaire et le droit des marchés publics locaux en 1999*, in *Coll. territ.-Intercommunalité*, 4, mai 2000.

¹⁸⁶ CE 27 juillet 2001, *Cie Générale des eaux*, req. n° 229566, à paraître au *Lebon*. In questo caso il CDE ha affermato che il distretto di Caen doveva svolgere un'attività pubblicitaria rispettosa della direttiva del 18 giugno 1992, anche se questa non era ancora stata recepita.

L'illecito comunitario in Francia, secondo i profili e le categorie della responsabilità patrimoniale.

Premesse.

La trattazione dell'illecito comunitario in Francia non può prescindere da un'analisi relativa agli elementi di diritto sostanziale che caratterizzano l'azione di responsabilità. Si tratta di elementi la cui disciplina è delegata agli ordinamenti nazionali; pertanto, una loro disamina è imprescindibile ai fini di un'analisi delle dinamiche di applicazione del paradigma comunitario, nonché delle asimmetrie fra i diversi ordinamenti europei. Per quanto riguarda gli elementi di diritto processuale, cercheremo nel corso della trattazione di segnalare le questioni più rilevanti, ma per una disamina più approfondita dei rispettivi sistemi processualciviltistici, faremo via via riferimento ai contributi dottrinali nazionali. Per quanto riguarda l'ordinamento francese, segnaliamo preliminarmente due caratteri distintivi del sistema di diritto processuale. Ci riferiamo, in primo luogo, al fatto che la disciplina amministrativistica nazionale prevede che un soggetto danneggiato in conseguenza di un atto illecito dell'amministrazione, possa esercitare un'azione di responsabilità senza aver preventivamente richiesto l'annullamento dell'atto. D'altra parte, però, il soggetto che si presume danneggiato è obbligato a proporre ricorso all'amministrazione prima di proporre l'azione di responsabilità davanti al giudice¹⁸⁷. Si pensi al caso della responsabilità del giudice, caratterizzata dal fatto che il soggetto che intenda esercitare un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per condotta del CDE deve, in primo luogo, rivolgere una "*réclamation préalable*" al Ministro della Giustizia.

¹⁸⁷ Regola di formazione giurisprudenziale, a partire dalla sentenza CE, 13 dicembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec. 1148. La dottrina ha spesso sottolineato il fatto che il mantenimento di questa regola sia dovuto ad un criticabile atteggiamento di inerzia del CDE, un'abitudine connessa ad una tradizione. A tal proposito, v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 2001, pag. 477.

Il giudice competente.

Ai fini dell'individuazione del giudice competente è necessario considerare la natura del danno causato dalla violazione: "*la compétence suit le fond*", secondo una celebre formula, che esprime la regola secondo cui, se alla controversia è applicabile il diritto privato, sarà competente il giudice ordinario, mentre se si tratta di una questione di diritto pubblico, sarà competente il giudice amministrativo¹⁸⁸. Pertanto, se si tratta di una materia di competenza del giudice ordinario, sarà competente quest'ultimo a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento. In tutti gli altri casi, saranno i giudici amministrativi a giudicare a proposito delle conseguenze patrimoniali derivanti dalle violazioni del diritto comunitario da parte dei soggetti pubblici francesi¹⁸⁹.

In Francia, il CDE è tradizionalmente competente sui ricorsi per ottenere il risarcimento dallo Stato a titolo di danno in relazione alle convenzioni internazionali o ai Trattati¹⁹⁰. Il giudice competente a giudicare le azioni di responsabilità dello Stato per mancato recepimento di direttiva comunitaria è senza dubbio il giudice amministrativo, unico competente a giudicare sulla responsabilità dello Stato per attività legislativa. In ogni

¹⁸⁸ Tale formula, in realtà non elimina tutte le questioni, perché spesso è difficile tracciare una linea di separazione certa fra i due campi di applicazione. Al fine di dirimere le incertezze, vengono abitualmente applicati i metodi analitico e sintetico. A tal proposito, v. DUPUIS, *Droit administratif* cit., pag. 596. A proposito della competenza per territorio, i criteri utilizzati sono i seguenti: se il danno dipende da un'attività materiale, sarà competente il giudice del luogo in cui si è manifestato il fatto generatore; se il danno deriva da una decisione amministrativa, sarà competente il giudice del luogo della sede dell'amministrazione; negli altri casi è competente il giudice del luogo della residenza dell'attore (art. L. 311-1 e Re. 312-14-3 del Codice di giustizia amministrativa). Per un approfondimento su tale punto, v. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif* cit., pag. 61 e ss.

¹⁸⁹ Cfr. E. SAULNIER-CASSIA, *La responsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire par l'administration et le législateur*, in *A.J.D.A.*, 60, 34, 2004, (pp. 1878 - 1881), pag. 1881.

¹⁹⁰ A tal proposito le sentenze tradizionalmente richiamate sono: CE 13 juillet 1961, *Sté indochinoise radioélectrique*, Leb. P. 519; CE Ass. 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, Leb. P. 257. A tal proposito la dottrina segnala che il giudice amministrativo francese è stato un precursore nell'aver riconosciuto la responsabilità dello Stato, essendosi pronunciato in favore di un diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati a seguito di una violazione del Trattato di Roma ben prima del giudice comunitario (CE 23 mars 1984, *Sté Alivar*, Leb. P. 128; Bruno Genevois, *A.J.D.A.* 1984, pag. 396). A tal proposito, v. D. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique: glissements progressifs ou révolution tranquille?*, in *A.J.D.A.*, 20, avril 1993, (pp. 235 - 243), pag. 235.

caso, la soluzione non è così pacifica nei casi in cui alla logica organica che impone al giudice amministrativo di pronunciarsi sugli atti dei pubblici poteri, e sugli atti legislativi in particolare, si oppone la logica materiale connessa alla materia della disciplina in questione¹⁹¹.

La questione si è posta in relazione ad una controversia connessa al mancato recepimento delle direttive CEE 92/12 e 92/83 in tema di accise, in cui era competente il giudice civile. A tal proposito, il *Tribunal des Conflits* ha stabilito che l'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario per fatto del legislatore debba essere promossa davanti al giudice amministrativo, il che non modifica il tradizionale riparto di competenze fra giudice amministrativo e giudice civile¹⁹². Tale soluzione, tuttavia, non è certo favorevole alla tutela delle posizioni giuridiche individuali; infatti, comporta un grave disagio al soggetto danneggiato da tale violazione, che intenda recuperare le imposte indirette previste da una legge anticomunitaria e, al contempo, invocare la responsabilità dello Stato per il danno derivante dall'approvazione e dalla vigenza di detta legge. Infatti, in un caso di questo genere, l'attore dovrà promuovere due azioni davanti a due diversi ordini giurisdizionali: il giudice ordinario, in quanto competente in tema di imposte, e il giudice amministrativo, per

¹⁹¹ A tal proposito, v. la già citata sentenza CE 12 gennaio 2004, SARL Schop, req. n° 239686. Si trattava di una richiesta di risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto comunitario, la cui origine risiedeva in una disposizione processual penalistica; per questo motivo fu dichiarata la competenza del giudice ordinario. In ogni caso, il giudice amministrativo è sempre competente in tema di responsabilità dell'amministrazione: "*le juge de la responsabilité de l'administration est toujours le juge administratif. Une étude de l'action intentée devant lui pourrait donc servir, non seulement à souligner les particularités de l'action en responsabilité ou du contentieux administratif, mais, aussi, à mesurer l'étendue de son rôle dans la protection des intérêts du demandeur, rôle que ne pourra pas nécessairement remplir un juge judiciaire non doté de larges pouvoirs inquisitoriaux*". Cit. da KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif* cit., pag. 25.

¹⁹² A tal proposito, v. *Tribunal des conflits*, 31 mars 2008 n° 3632 *Sté Boiron*; n° 3634, *Sté Yves Saint- Laurent Lassigny SAS*; n° 3631, *Sté Boiron c/ Direction générale des douanes et droits indirects*: RJF 6/08 . 716. Bulletin des conclusions fiscales, 2008, 8, pp. 57 – 66. Il *Tribunal des conflits*, istituito con la legge del 24 maggio 1872, di riorganizzazione del CDE (Titolo IV), ha la funzione di dirimere casi di conflitto o difficoltà di attribuzione di competenza giurisdizionale. È composto da quattro rappresentanti dell'ordine amministrativo e quattro della giurisdizione ordinaria, e presieduto dal Ministro della Giustizia. Le procedure di funzionamento di tale organo sono disciplinate dall'*ordonnance* del 1 giugno 1828 e dal decreto del 26 ottobre 1849.

l'azione di risarcimento¹⁹³. Inoltre, la dottrina segnala che tale decisione, secondo cui è attribuita competenza esclusiva al giudice amministrativo, riposa su un fondamento giuridico ambiguo, privo di appigli in diritto positivo, e collegato ad una concezione della separazione dei poteri piuttosto discutibile¹⁹⁴.

A proposito dei danni connessi all'esercizio della funzione giurisdizionale, la questione è di facile soluzione, poiché la competenza del giudice amministrativo si fonda sul principio secondo cui la giustizia è resa in nome dello Stato. Per questa ragione, quest'ultimo dovrà rispondere nei confronti dei cittadini, e sarà sempre competente il giudice amministrativo¹⁹⁵.

Il legittimato passivo.

Secondo un consolidato principio, l'obbligo di riparazione non può gravare che sul soggetto pubblico da cui dipende la condotta che è all'origine del danno. Evidentemente, molto spesso tale principio di ordine generale non è sufficiente per dirimere un ampio numero di questioni di corresponsabilità, che può condurre ad una condanna al risarcimento in capo a più soggetti, a completa discrezione del giudice¹⁹⁶. Ovviamente, può trattarsi di una corresponsabilità fra soggetti statali e soggetti facenti capo ad entità decentrate, quali i Comuni o i Dipartimenti. Ipotesi rilevante è quella relativa alla responsabilità connessa ai servizi pubblici delegati,

¹⁹³ Le obiezioni non riguardano solo la scarsa praticità ai fini dell'invocazione delle pretese attoree, ma anche il rischio che i due giudici si pronuncino in termini difformi a proposito della compatibilità della legge nazionale con il diritto comunitario.

¹⁹⁴ A tal proposito Martin Collet segnala che "... si la mise en œuvre, depuis deux siècles, du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire conduit à garantir au juge administratif certaines compétences exclusives « à l'égard du contentieux communautaire », il connaît en revanche une « incompétence de principe à l'égard des litiges étrangers au contentieux de l'administration », à commencer par les litiges mettant en cause la loi. Et s'il consent depuis l'arrêt *Nicolo* à contrôler pleinement la « conventionnalité » de la loi, ce n'est qu'en tant que juge de l'administration, et donc évidemment sans préjudice du contrôle qu'exerce de son côté le juge judiciaire, dans son domaine de compétence (Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Sté des cafés Jacques Vabre* : Bull. civ. 1975, I, n° 4)". Cit. da M. COLLET, *Responsabilité de l'État du fait des lois: compétence exclusive du juge administratif*, in *Revue Juridique de l'économie publique*, 656, 2008, (pp. 18 – 21), pp. 20 – 21.

¹⁹⁵ CE, Sect., 27 febbraio 2004, *Mme Popin*, A.J.D.A., 2004, 657.

¹⁹⁶ CE 22 giugno 1998, *Ville de Saint-Etienne*.

nel qual caso sarà responsabile diretto il soggetto delegato, ma responsabile sussidiario il delegante, qualora si verifichi l'insolubilità del primo¹⁹⁷. Si tratta di uno schema molto comune in materia di concessione di servizi e infrastrutture, quali autostrade ed aeroporti¹⁹⁸.

L'amministrazione risulta come un sorta di "responsabile d'ufficio" anche in caso di responsabilità del legislatore; per cui, in questo caso, soggetto passivo può essere o il titolare del dicastero relativo al contenuto materiale della legge anticomunitaria o, alternativamente, il Primo ministro, cui è attribuita la funzione di presentazione di progetti di legge¹⁹⁹.

Le conseguenze dannose connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale gravano sempre sullo Stato, salvo la possibilità di rivalersi nei confronti dei giudici che abbiano concretamente cagionato il danno²⁰⁰.

L'elemento soggettivo.

Come più volte ricordato, all'illecito comunitario si tende ad applicare il regime di responsabilità per colpa. Per cui, l'attore avrà l'onere di dimostrare i presupposti per l'applicazione di tale regime, ovvero l'elemento soggettivo, il danno, e il nesso di causalità²⁰¹. A proposito dell'elemento soggettivo, si è già più volte ricordato che l'illecito comunitario costituisce un regime di colpa oggettivizzata; tuttavia, come

¹⁹⁷ In ogni caso, si tratta di un'impostazione che nel corso del tempo ha sofferto alcune eccezioni. Ci riferiamo alla precitata sentenza CE, 23 marzo 1983, *SA Bureau Véritas*, Leb. 134, in cui il CDE ha considerato che il legittimato passivo dell'azione di risarcimento non potesse che essere lo stesso soggetto privato, e non lo Stato in quanto tale. Si tratta di una soluzione molto discutibile, nonché poco rispettosa della giurisprudenza comunitaria. Infatti, se la Corte di giustizia ha stabilito che l'identificazione del giudice competente e del legittimato passivo sia delegato all'ordinamento interno, ciò non significa che lo Stato possa considerarsi del tutto estraneo alla controversia. Il numero estremamente esiguo di pronunce a tale proposito non permette di esprimere giudizi più fondati sullo stato della giurisprudenza francese, ma non c'è dubbio che la soluzione offerta del CDE nella pronuncia del 1983, sotto la spinta delle istanze europee, risulti antiquate e insoddisfacente.

¹⁹⁸ Cfr. CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, pag. 1256.

¹⁹⁹ Cfr., per esempio, sentenza CE, 3 dicembre 1999, *A.O.M.S.L. et Rassemblement des opposants à la chasse*, Rec., pag. 379.

²⁰⁰ Artt. L 141-1, 141-2 e 141-3, Code de l'organisation judiciaire. Ad oggi, le azioni sono state tutte rigettate, per cui tale ipotesi non si è mai verificata.

²⁰¹ Come vedremo, l'onere della prova in capo all'attore è talvolta alleviato grazie ad un intervento attivo del giudice, e ad un frequente uso di presunzioni. A tal proposito, v. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif cit.*, pag. 309 e ss.

noto, la sussistenza della violazione sufficientemente caratterizzata è giudicata dal giudice nazionale, che può considerare l'elemento soggettivo come criterio sintomatico di quest'ultima.

In realtà si tratta di un aspetto in cui non vi sono reali conflitti fra ordinamento francese e diritto comunitario, soprattutto nel caso in cui il danno derivi da un atto dell'amministrazione. Infatti in tale ipotesi l'onere della prova riguarda l'illegalità dell'atto, e non l'elemento soggettivo nel senso antropomorfo del termine²⁰². La questione è parzialmente diversa nel caso in cui la violazione consista in un comportamento di un funzionario, nel qual caso l'attore dovrebbe dimostrare sia la sussistenza del comportamento in sé, sia il carattere colpevole della condotta²⁰³. Si tratta, comunque, di un'eventualità che in Francia finora non si è mai

²⁰² A tal proposito, v. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato* cit., pp. 87 – 172. Comunemente si fa riferimento alla *faute de service*, definita come un funzionamento dei servizi pubblici mancato, scorretto o tardivo. Come noto, le ipotesi di frazione sono ridotte anche perché il concetto di *faute de service* è stato recepito come elemento della responsabilità patrimoniale delle istituzioni comunitarie e, indirettamente, della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Inoltre, è improbabile che tale conflitto si verifichi perché, come noto, il regime francese di responsabilità pubblica è stato un modello per l'elaborazione della responsabilità delle istituzioni comunitarie. Già si è fatto riferimento al fatto che la *faute de service*, di elaborazione dottrinale francese, è ormai definitivamente entrata nel patrimonio giuridico comunitario, e ha permeato lo stesso concetto di violazione sufficientemente caratterizzata che, come noto, costituisce il presupposto che gli ordinamenti nazionali devono soddisfare. Non ci dilunghiamo ulteriormente sul contenuto giuridico della colpa, poiché la stessa dottrina francese ha sottolineato l'impossibilità di tracciarne contorni precisi. La sua valutazione dipende dai fatti del caso, e la dottrina ha cercato di delinearne una nozione solo a fini esplicativi. A tal proposito, ci riferiamo alla definizione secondo cui “*il y a faute de service chaque fois que le service publique a mal fonctionné, a fonctionné prématurément ou tardivement ou n'a pas fonctionné, chaque fois que ses agents ont méconnu leur compétence, les règles concernant son activité, se sont rendus coupables de faute ou ont commis des imprudences ou des négligences*”. Cit. da ODET, *Contentieux administratif* cit., pag. 1374. Per cui, evidentemente, il problema relativo alla convivenza dei due paradigmi si pone in termini più pacifici, quanto meno circa la responsabilità dell'amministrazione.

²⁰³ La dottrina segnala che in realtà l'attore ben difficilmente potrebbe ricostruire tutta la catena degli eventi in modo da dimostrare il carattere colpevole della condotta dell'amministrazione. Sulla base di queste considerazioni, il giudice ha svolto un ruolo estremamente penetrante, nell'utilizzo di diversi parametri al fine di giudicare il carattere colpevole o meno della condotta dell'amministrazione. Cfr. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif* cit., pag. 304. A tal proposito, tradizionalmente si ricordano i criteri collegati agli obblighi dell'amministrazione, alle circostanze in cui il danno è stato prodotto (CE, 11 ottobre 1989, *Inssoud Boukaala*, RDP 1990, pag. 1166; CE, 29 aprile 1987, *Consorts Yener et Erez*, Rec. 151; CE, 4 luglio 1990, *Société d'assurances « Le sou médical » c/CH de Gap*, Rec. T. 973), nonché le risorse, umane ed economiche, del servizio in questione (CE, 19 marzo 1966, *Fouet*, Rec. 183; CE, 22 dicembre 1976, *Veuve Sénée*, Rec. T. 1114; CE 10 febbraio 1982, *Compagnie Air Inter*, RDP 1982, pag. 143; CE, 20 gennaio 1989, *CH de Compiègne Hôpital St Joseph c/ Tavares*, Rec. T. 910; CE, 27 luglio 1979, *Carot*, Rec. 34; CE, 16 giugno 1989, *Association « Le sky alpin mourois »*, Rec. 141).

verificata²⁰⁴. A ciò si aggiunga che negli ultimi decenni si è assistito ad un progressivo affievolimento della colpa, e, dunque, ad un cambio nello stesso significato di tale nozione. Infatti, in una prima fase, la colpa era considerata in senso soggettivo, ma privo dell'aspetto psicologico; in seguito, è stata considerata in termini oggettivi tramite il giudizio dell'atto in astratto. Si è pertanto pervenuti ad una sorta di colpa oggettivata, dai contorni piuttosto ambigui e ormai pressoché del tutto assimilabili all'elemento soggettivo delineato dalla giurisprudenza comunitaria.

Caso più complesso riguarda il legislatore. La questione riguarda la possibilità di valutazione della sussistenza di un elemento soggettivo relativo ad una condotta del legislatore. Evidentemente, anche in questo caso, l'elemento della colpa equivale all'illegalità della condotta. Non potrebbe essere diversamente, anche a seguito delle decisioni della Corte di giustizia, secondo cui il risarcimento non può essere subordinato alla prova della colpa in senso soggettivo del termine. A tal proposito, come noto, il dibattito riguarda la possibilità di prefigurare una condotta illegale del legislatore, contraddetta dalle concezioni fondate sullo *status* privilegiato in diritto interno della legge e del suo autore, secondo cui il legislatore non può commettere errori, e che sostiene l'impossibilità, per il giudice ordinario, di sindacare la validità di una legge del Parlamento. Secondo parte della dottrina francese, pertanto, è impossibile immaginare una responsabilità per colpa del legislatore²⁰⁵. Questa posizione è giustificata tanto in base al carattere incontestabile della legge, quanto per il fatto che quest'ultima è l'espressione della sovranità popolare²⁰⁶. Questa impostazione tradizionale, a seguito dell'introduzione del controllo di

²⁰⁴ A proposito del declino, in generale, del concetto di colpa, v. M. SOUSSE, *La notion de reparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1994, pag. 44 e ss.

²⁰⁵ Cfr. F. FINES, *Note sous*, C.E., Ass., 28 fevr 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, e, *Société Arizona Tobacco Products S.A.*, RDP 1992, pag. 1504, note 105). "Il est parfaitement « contraire à la tradition française de franchir un supplémentaire en affirmant que le législateur aurait commis une faute: il convient de garder à la responsabilité du législateur sa spécificité et à la loi sa souveraineté de principe ». Inoltre, "la jurisprudence de la CJC, n'implique pas que le droit national admette que l'inexécution d'une directive par le législateur engage la responsabilité de l'État législateur sur le fondement de la faute, mais seulement qu'il ouvre au justiciable une voie de droit lui permettant d'obtenir des dommages et intérêts (*Note sous CAA de Paris, 1 juillet 1992, Société an. Jacques Dangeville, A.J.D.A., 1992, n°11, pag. 770*)".

²⁰⁶ A tal proposito, D. Simon ha affermato che "le caractère de la loi était le corollaire de son caractère incontestable".

costituzionalità, da un lato, e della compatibilità con il diritto comunitario, dall'altra²⁰⁷, è stata progressivamente superata, e già da diversi anni si è assistito ad una “*désacralization*” della funzione legislativa²⁰⁸. A partire dalla Costituzione del 1958, il fondamento della responsabilità del legislatore è necessariamente la colpa, nel caso di violazione del diritto comunitario, poiché l'art. 55 prevede che “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*”. Per cui la legge è chiaramente subordinata ai trattati internazionali, di cui i trattati comunitari sono una sottocategoria. Pertanto il giudice amministrativo potrebbe dichiarare la responsabilità per colpa, a seguito di violazione del diritto comunitario, fondandosi sul solo dettato costituzionale²⁰⁹. La dottrina ormai prevalente sostiene che la violazione del diritto comunitario da parte del legislatore (a maggior ragione quando è riconosciuta dalla Corte di giustizia) costituisca un'illegalità²¹⁰. Riconoscere che una legge dello Stato è incompatibile con il diritto comunitario equivale a riconoscere che il legislatore ha messo in atto un comportamento colposo: “... *dans l'hypothèse ici considérée, la responsabilité de l'État pour faute du législateur est concevable*”²¹¹. Gran parte della dottrina francese, dunque, sembra ormai da tempo concorde nell'affermare che, se si ammette che il legislatore possa sbagliare, ne deriva necessariamente che “*les dommages résultant d'un comportement illicite de l'autorité législative doivent, dans un État de droit, être réparés*”²¹². Attualmente, mantenere la responsabilità senza colpa del legislatore nelle situazioni in cui il danno dipende da una violazione del

²⁰⁷ Il controllo di costituzionalità è affidato al *Conseil Constitutionnel*. Art. 61 e ss.

²⁰⁸ Già a partire dai primi anni '60 vi era chi sosteneva che la Costituzione del 1958 inferse “*un rude coup à la conception, fortement enracinée en France, de la souveraineté parlementaire. Le Parlement est descendu du piédestal sur lequel l'avait placé une tradition aussi longue que contestable du point de vue démocratique*”. Cit. da MORANGE, *L'irresponsabilité de l'État législateur cit.*, pag. 167.

²⁰⁹ Il riconoscimento del carattere colposo della responsabilità del legislatore può essere dedotto dalla sola logica interna e non c'è bisogno di chiamare in causa la specificità dell'ordinamento giuridico comunitario.

²¹⁰ Cfr. FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité cit.*, pag. 305.

²¹¹ Cfr. CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, n° 1309.

²¹² Cfr. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique cit.*, pp. 242-243.

diritto comunitario appare come una soluzione obsoleta, ancora collegata all'idea che la sovranità del Parlamento non incontri limiti; viceversa, come sappiamo, l'attività legislativa è in tutto e per tutto un'attività vincolata, pertanto la validità della legge approvata dal Parlamento "*est conditionnée au respect de la Constitution, du traité et des normes dérivées de ce dernier*"²¹³.

Il problema risiede nella possibilità di riconoscere definitivamente la sussistenza di un'illegalità delle condotte legislative anticomunitarie; infatti, in caso di confronto diretto fra una legge e una norma comunitaria, non c'è dubbio che sussista, seppur implicitamente, una forma di illegalità, costituita da un errore nell'attività legislativa²¹⁴. Tale impostazione, particolarmente sensibile alle istanze comunitarie, si fonda su una concezione puramente oggettiva della legalità, e conduce, in estrema analisi, ad equiparare la legge come un atto regolamentare, e pertanto a ricondurre il legislatore in una posizione gerarchica analoga rispetto all'amministrazione. Secondo quest'impostazione, cui sembrano aver aderito le giurisdizioni amministrative inferiori, la responsabilità dello Stato legislatore sarebbe applicabile ogniqualvolta venga constatata la violazione del diritto comunitario da parte di un atto legislativo²¹⁵. Quando alle posizioni del CDE, nonostante il silenzio del massimo giudice amministrativo francese nel caso Dangeville, la dottrina si è interrogata sulle posizioni implicitamente espresse. Infatti, il CDE, dichiarando la domanda irricevibile, ha evitato di pronunciarsi nel merito della questione, ma secondo un'opinione comune il giudice non ha escluso a priori l'idea di una responsabilità per colpa del legislatore in violazione del diritto

²¹³ Cit. da DUBOUIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté cit.*, pag. 587.

²¹⁴ Cfr. CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, pag. 1380, n° 1519.

²¹⁵ TA de Paris, 11 octobre, 2002, *Société Fipp*, req. N. 0101796. In questo caso, un'impresa esercitava un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per il danno subito dallo spossessamento di una parte dei suoi attivi in Polonia da parte dell'Unione Sovietica. Contestava, quindi, un articolo di una legge finanziaria che la risarciva in quantità insufficiente e che quindi era contraria all'art. 14 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo. Il giudice amministrativo ha considerato che la responsabilità dello Stato legislatore può essere *engagée* per incompatibilità con il diritto comunitario, anche se nel caso di specie ha ritenuto diversamente. A tal proposito, v. DEFFIGIER C., *nota sul caso precitato*, A.J.D.A., 12 mai 2003, pp. 955-959.

comunitario²¹⁶. Secondo alcuni autori, tale decisione prefigura la possibilità di estendere il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, quando nessun atto regolamentare si frapponga fra la legge contraria al diritto comunitario e l'applicazione²¹⁷. Inoltre, secondo una diffusa opinione, bisognerebbe applicare il medesimo regime di responsabilità per colpa anche nel caso in cui l'amministrazione abbia direttamente agito applicando una disposizione legislativa non dotata di regolamento applicativo²¹⁸.

La dottrina in maggioranza concorda sul fatto che sia del tutto concepibile una responsabilità per colpa del legislatore²¹⁹; infatti, considerare una legge come incompatibile con una norma di rango superiore equivale a sottolineare un illecito, e pertanto una colpa imputabile al legislatore. Infatti, se il legislatore è sanzionato nell'ambito del controllo di costituzionalità regolato dall'art. 55 della Costituzione, non c'è ragione per cui il giudice non possa applicare sul terreno della responsabilità l'analisi di compatibilità fra la legge e il diritto comunitario²²⁰. Secondo la dottrina maggioritaria, non è possibile trovare a priori le ragioni che impediscono al giudice di applicare sul terreno della responsabilità l'analisi di compatibilità fra la legge e il diritto comunitario²²¹.

²¹⁶ Cfr. DUBOIS, *Directive communautaire et loi française: primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donnée de ses dispositions cit.*, pag. 425.

²¹⁷ Cfr. O. GOHIN, *La responsabilité de l'État en tant que législateur*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 1998, (pp. 595 - 610), pag. 595.

²¹⁸ A tal proposito, il commissario del governo M. Oulard ha sostenuto che sia priva di fondamento la distinzione fra la situazione decisa con la sentenza *Arizona Tobacco* e il caso *Dangeville* in cui, appunto, fra la legge e il comportamento del cittadino non si ponga nessun atto regolamentare.

²¹⁹ Cfr. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif cit.*, pag. 1168.

²²⁰ Si è espressa in disaccordo con tale tesi FINES F., *Note sous CE 28 février 1992, Rothmans & Arizona Tobacco*, RDP, 1992, pag. 69. F. FINES, *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'État normateur*, in *R.T.D.E.*, 1, janv-mars 1997, (pp. 69 - 101), pag. 69. Secondo la sua opinione, l'affermazione della colpa del legislatore sarebbe contraria alla tradizione francese, e propone dunque l'instaurazione di un regime di responsabilità dual del legislatore, fondata sulla rottura dell'uguaglianza davanti ai pubblici poteri. Quindi, ci sarebbe, a fianco del regime tradizionale di responsabilità senza colpa, un nuovo regime relativo alle violazioni del diritto comunitario e sottomesso a delle condizioni meno restrittive. Contrariamente alla maggioranza della dottrina, l'autrice non considera che l'art. 55 della Costituzione contenga un principio di responsabilità del legislatore per colpa.

²²¹ Cfr. H. CALVET, *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, n° special, juin 1996, (pp. 92 - 96), pag. 92. J. MOREAU, *L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de*

La dottrina maggioritaria raccomanda l'abbandono di ogni riferimento all'elemento soggettivo nell'applicazione del regime della responsabilità per colpa²²². Secondo la comune opinione, converrebbe ammettere che la situazione illecita ha creato un diritto al risarcimento senza per questo riferirsi alla colpa in senso soggettivo. Del resto, sia la dottrina maggioritaria, sia un consolidato orientamento da parte della Corte di giustizia, tendono ad evidenziare un certo declino della nozione di colpa²²³. Partendo da questo dato, è stato suggerito di configurare una

la puissance publique, in J. BOULOUIS, *L'Europe et le droit: mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 409 - 420), pag. 409.

²²² Cfr. CALVET, *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire cit.*, pag. 92.

²²³ La questione dell'elemento soggettivo è stata oggetto di attenta riflessione da parte dell'Avv. Gen. Tesaro nelle conclusioni alla sentenza *Brasserie du Pêcheur*, per cui ne riportiamo i passaggi essenziali: "87. La ricerca della colpa, in altre parole, si è spostata da quella dell'uomo a quella dell'«organizzazione», con la conseguenza che anche quando non viene fatta coincidere con l'illegittimità dell'atto tout court, viene comunque ad essere collegata al contenuto della norma violata, nel senso che si attribuisce rilevanza a quelle regole di condotta al cui rispetto l'amministrazione è tenuta nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali. In particolare, viene in rilievo la circostanza che l'azione dell'amministrazione è vincolata ai limiti di legalità ad essa imposti. Se è ben vero, dunque, che la responsabilità viene tuttora ancorata, nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, alla colpa, è altresì vero che la sussistenza di quest'ultima viene verificata, salvo qualche eccezione (90), attraverso criteri obiettivi (91). Insomma, negli stessi Stati membri la responsabilità per colpa finisce per essere ammessa solo in virtù di una serie di artifici; in ogni caso, essa risulta sempre più oggettivizzata, cioè sempre meno o niente affatto collegata a una componente soggettiva. 88 Ritengo che una tale soluzione, prevalente negli ordinamenti giuridici nazionali e adottata dalla stessa Corte in relazione alla responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie (92), porti a configurare la responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario come responsabilità oggettiva, senza colpa. D'altra parte, anche a voler ancorare tale responsabilità alla colpa, a me sembra, quantomeno in una prima approssimazione, che essa non possa, per quanto qui rileva, non essere collegata alla norma che si assume violata o addirittura identificata col suo contenuto. 89 E' a mio avviso evidente, infatti, che se la norma agendi è una norma di risultato, non c'è spazio alcuno per condizionare il sorgere di una situazione di responsabilità alla sussistenza di una connotazione soggettiva della condotta dello Stato qualificabile come colpa nel senso prima precisato. La violazione, insomma l'illecito, matura nel momento in cui lo Stato non è riuscito a realizzare il risultato voluto dalla norma. Oggettiva, senza colpa o comunque la si voglia denominare, la responsabilità dello Stato sussisterà. Viceversa, se la *norma agendi* è una norma di comportamento, nel senso che prescrive sostanzialmente un obbligo di diligenza (un *duty of care*, per intenderci), la colpa sarà un elemento essenziale della fattispecie. In tal caso, tuttavia, la colpa non è più un elemento soggettivo caratterizzante la condotta dello Stato che ha determinato la violazione e con essa il danno ingiusto, bensì precisamente l'oggetto della violazione. Infatti, la violazione dell'obbligo di diligenza consiste esattamente in una condotta negligente, dunque in una condotta colposa, con la conseguenza che la colpa è l'oggetto dell'illecito, non più una componente soggettiva della condotta. 90 In definitiva, per configurarsi una situazione di responsabilità dello Stato membro che abbia violato obblighi comunitari ad esso incombenti, ritengo non assuma alcuna rilevanza un'indagine diretta ad accertare l'esistenza della colpa come componente soggettiva del comportamento illegittimo. Ribadisco quindi il convincimento prima manifestato, secondo cui il comportamento dello Stato in violazione del diritto

responsabilità per fatto del legislatore fondata sull'errore, nozione meno soggettivistica e priva di un giudizio di valore²²⁴. Inoltre, l'affermazione secondo cui il giudizio ricade sulla violazione del diritto comunitario e non sullo Stato, rende sicuramente l'illecito comunitario più accettabile per le giurisdizioni nazionali. Comunque, l'illecito del legislatore non darà mai luogo ad una responsabilità per colpa come le altre, e anche nell'ipotesi in cui il CDE decida d'estendere la responsabilità per colpa all'ambito legislativo, questa responsabilità avrà delle caratteristiche specifiche²²⁵.

Situazione diversa riguarda l'illecito riferito all'attività giurisdizionale. In precedenza, abbiamo già fatto riferimento all'elemento soggettivo connesso all'illecito imputabile ad attività giurisdizionale. Come sappiamo, non è chiaro il rapporto fra violazione sufficientemente caratterizzata e *faute lourde*, anche perché si tratta di nozioni dal contenuto ambiguo. Per quanto riguarda la prima, rinviamo a quanto affermato in precedenza; a proposito della seconda, invece, segnaliamo che si tratta di una nozione priva di una definizione ed apprezzabile secondo la sensibilità del giudice caso per caso²²⁶. Tuttavia, l'ambiguità di tale nozione, e la connessa ampia discrezionalità del giudice nella sua applicazione, non consentono di ravvedere una evidente incompatibilità della disciplina nazionale con il paradigma comunitario.

comunitario deve essere valutato, ai fini dell'obbligo risarcitorio, in funzione di elementi oggettivi".

²²⁴ Cfr. N. DANTONEL-COR, *La mise en jeu de la responsabilité de l'État français pour violation du droit communautaire*, in *R.T.D.E.*, 31, 3, 1995, (pp. 471 - 507), pag. 471.

²²⁵ In primo luogo, non si tratterebbe di una vera responsabilità per colpa del legislatore, nella misura in cui l'esistenza di una decisione individuale di imposizione permetterebbe di imputare la colpa ad un'amministrazione.

²²⁶ Per un elenco di esempi relativi all'apprezzamento, o meno, della colpa grave, da parte dei giudici ordinari, v. CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, pp. 1301 – 1302. L'autore segnala, inoltre, che alcune disposizioni esonerano dalla prova della colpa grave in specifiche ipotesi. A proposito dell'apprezzamento da parte dei giudici amministrativi, segnaliamo che le pronunce relative alle azioni finora esercitate sono state tutte di rigetto, in buona parte per l'assenza di colpa grave. CE 2 ottobre 1981, *Cloâtre*, pag. 351; 7 dicembre 1990, *SCI Les Mouettes*, pag. 983 D 1991, SC, pag. 286, obs. P. Bon et P. Terneyre; 18 gennaio 1998, *Dagorn*, DA 1998, n° 176, obs J.-C.B., LPA luglio 1998, n° 80, concl. J.-C., Bonichot.

Il nesso di causalità.

A proposito del criterio utilizzato dai giudici amministrativi francesi per il giudizio sulla sussistenza del nesso di causalità, è in corso un acceso dibattito dottrinale.

Risulta del tutto chiaro che i pubblici poteri possono essere dichiarati responsabili solo dei danni direttamente imputabili ad un'attività di un pubblico servizio francese, il che significa che fra attività e danno deve sussistere un nesso di causalità immediato²²⁷. Il CDE non si è mai pronunciato chiaramente in favore di una teoria, pertanto gli autori si sono divisi fra coloro che, rispettivamente, considerano che il giudice applichi la teoria della causalità adeguata e chi sostiene che trovi applicazione il principio dell'equivalenza delle condizioni²²⁸. Per cui, in termini del tutto generali, è possibile affermare che attualmente la giurisdizione amministrativa valuta sussistente un nesso di causalità diretto fra attività e danno quando il secondo appaia, oggettivamente, come "*la conséquence normale du fait incriminé*"²²⁹. Tuttavia, l'apprezzamento non è certo meccanico, e può essere svolto con ampi margini di libertà; d'altra parte, spesso il nesso di causalità risulta evidente ed intuitivo, per cui il problema non si pone.

Talvolta il danno non è interamente imputabile alla condotta dell'amministrazione, ma anche ad una causa esterna che può essere, secondo i casi, totalmente o parzialmente esoneratoria. Il diritto amministrativo francese ammette la forza maggiore come causa di esonero o attenuazione della responsabilità pubblica, nella misura in cui sia costituita da un evento esterno alle parti, imprevedibile (ovvero che non poteva essere ragionevolmente previsto) e irresistibile (nel senso che

²²⁷ Cfr. ODET, *Contentieux administratif* cit., pag. 1502.

²²⁸ Fra i primi si ricordano P. VIALLE, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, in *Revue de droit public et de sciences politiques*, 1974, (pp. 1243 - 1268). Aderisce invece alla seconda tesi, KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif* cit., pag. 305.

²²⁹ CE, 18 febbraio 1927, *Régie départementale des voies ferrées*, pag. 226, S. 1928.III.66, concl. René Mayer; 9 aprile 1943, *Ville d'Alger*, Sect., 14 ottobre 1966, *Marais*, pag. 548, D. 1966.636, concl. Galmot.

non era possibile impedire la produzione del danno)²³⁰. Di principio, la responsabilità pubblica è esclusa nei casi di forza maggiore, ma può essere solamente attenuata nel caso in cui il soggetto pubblico abbia aggravato le conseguenze della forza maggiore.

La forza maggiore non deve essere confusa con il caso fortuito, che costituisce un fatto imprevedibile, ma comunque collegato al funzionamento del servizio, di modo che manca il carattere di exteriorità che contribuisce a definire la forza maggiore²³¹. Le conseguenze giuridiche sono, peraltro, diverse, perché il caso fortuito attenua la responsabilità amministrativa, ma non la esclude totalmente²³². Inoltre, il caso fortuito è influente nell'ipotesi di responsabilità senza colpa²³³.

Ovviamente, anche in Francia il giudice può valutare se la vittima abbia concorso alla produzione del danno e, in tal caso, diminuire la somma dovuta a titolo di risarcimento²³⁴. Il fatto del terzo, in diritto amministrativo francese, costituisce una causa di esonero o attenuazione della responsabilità, a seconda che tale fatto sia la causa unica del danno o che abbia contribuito alla sua realizzazione. Nell'ipotesi in cui il fatto del terzo abbia contribuito alla produzione del danno, l'amministrazione è tenuta a risarcire solo la parte del danno ad essa imputabile, e in questo caso il sistema della responsabilità *in solidum* non è pertanto ammissibile²³⁵.

²³⁰ CE, 27 luglio 1988, *Compagnie marseillaise de Madagascar*, RDP, 1989, 546; CE, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, RDP 1989, 546.

²³¹ A proposito delle differenze fra caso fortuito e forza maggiore, v. HAURIOU M., *Note sous CE*, 10 maggio 1912, Ambrosini, S. 1912.III.161.

²³² La ragione è riconducibile al fatto che il caso fortuito non è estraneo al convenuto, per cui non influenza la causalità del danno.

²³³ V. per es. CE, 28 novembre 1986, *Comm. Urbaine de Lille*, DA 1987, n°50.

²³⁴ A tal proposito, secondo una fortunata sistematizzazione, "*la faute de la victime est donc susceptible d'entraîner trois conséquences: ou bien elle est considérée comme totalement exonératoire lorsqu'elle apparaît comme la cause génératrice et unique du dommage; ou bien, quand elle se combine avec une autre cause, elle aboutit à un partage de responsabilité, l'État ne devant au particulier qu'une indemnisation partielle; ou bien, enfin, elle reste sans effet sur le montant du droit à réparation dans les hypothèses où elle n'a joué aucun rôle causal dans la production du dommage*". Cit da. J. MOREAU, *L'influence de la situation de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Paris, 1957, pag. 229.

²³⁵ V. G. DEVEL e P. DEVOLVÉ, *Droit administratif. t. 1*, PUF, Thémis, 1997, pag. 612.

Non presuppone necessariamente una condotta colpevole, anche se raramente il giudice ha ritenuto a tale titolo dei comportamenti non colpevoli²³⁶.

La prescrizione.

Come sappiamo, il soggetto che si presuma danneggiato da una condotta dell'amministrazione, deve in primo luogo proporre ricorso davanti al soggetto pubblico che ha emesso l'atto contestato²³⁷. Solo a seguito di una pronuncia sfavorevole di quest'ultimo (che può consistere in un rigetto o in un indennizzo di entità insufficiente), il soggetto potrà esercitare l'azione di responsabilità davanti al giudice amministrativo. Per cui, i termini di prescrizione rilevanti ai fini dell'applicazione dell'illecito comunitario sono, in realtà, due: il termine di prescrizione quadriennale per la proposizione del ricorso gerarchico, e il termine di due mesi per l'esercizio dell'azione giurisdizionale²³⁸.

Tale termine decorre dalla data in cui l'interessato ha ricevuto notifica del rigetto (totale o parziale) del ricorso²³⁹. Discorso diverso riguarda il caso di

²³⁶ A tal proposito, v. C.A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Dalloz, Paris, 1938, pag. 146 e ss.

²³⁷ Cfr. *Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 modifié relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative*. Art. 1^{er} (modifié par les décrets n° 83-1025 du 28 novembre 1983, n° 90-400 du 15 mai 1990 et n° 2001-492 du 6 juin 2001): "Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, le silence gardé pendant plus de deux mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet. Les intéressés disposent, pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période mentionnée à l'alinéa précédent. Néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient dans ce délai de deux mois, elle fait à nouveau courir le délai du pourvoi".

²³⁸ Article R. 421-1 du Code de justice administrative: "Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée". A proposito del termine quadriennale, "ce délai est devenu la règle générale pour la prescription des dettes de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dotés d'un comptable public. D'une façon plus générale, il vise toute personne morale de droit publique". Cit. da A.M. SOHM –BOURGEOIS, *Prescription extinctive*, Encyclopedie Dalloz – Civil, § 131.

²³⁹ Sentenza CE, 17 marzo 1961, Rouquette, pag. 192. La brevità di tale ricorso è temperata dalla possibilità, per il soggetto danneggiato, di depositare un ricorso sommario, contenente una semplice descrizione delle pretese, da sviluppare in un secondo momento tramite una memoria ampliativa complementare.

silenzio da parte dell'autorità amministrativa competente, perché in questi casi, così come nelle rare ipotesi in cui la "*réclamation préalable*" non sia necessaria ai fini della proposizione della domanda davanti al giudice, la disposizione relativa al termine di due mesi non verrà applicata, ma dovrà comunque essere rispettato il termine quadriennale.

La quantificazione del danno risarcibile e le modalità di riparazione.

In Francia, il *préjudice* è un presupposto per l'esistenza della responsabilità patrimoniale poiché, come noto, si tratta di un regime la cui principale funzione è compensatoria, piuttosto che sanzionatoria²⁴⁰.

All'attore spetta la dimostrazione della sussistenza di un danno, definito dalla dottrina come "*toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, ou d'une situation*"²⁴¹. Inoltre, l'attore dovrà dimostrare che il danno, considerato come fatto dannoso oggettivamente apprezzabile, ha avuto conseguenze precise nella sfera privata del danneggiato, il che introduce la necessità di svolgere un apprezzamento circa le reali conseguenze nella sfera soggettiva dell'individuo²⁴².

Spetta al giudice statuire circa la determinazione e quantificazione dei danni, salvo, ovviamente, l'obbligo di non giudicare *infra* o *ultra petita*. Inoltre, il principio fondamentale che regola sia il giudizio ordinario che quello amministrativo consiste nella riparazione integrale del pregiudizio, per cui la vittima non ne deve risultare né impoverita né arricchita. In questo senso la discrezionalità del giudice si estende sotto diversi profili, dalla determinazione del danno risarcibile alla sua quantificazione. Il giudice, in definitiva, ha piena discrezionalità nel giudizio relativo al

²⁴⁰ Il danno è quindi la misura della riparazione, poiché la funzione sanzionatoria è esplicata dalla responsabilità penale e disciplinare, che sono indipendenti rispetto all'entità del danno.

²⁴¹ Cit. da F.P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-classeur périodique*, I, 1351, 1957, par. 11.

²⁴² Infatti, "*Un même dommage peut ainsi entraîner des préjudices différents d'une personne à l'autre*". Cit. da KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif cit.*, pag. 305.

momento in cui si è cominciato a produrre il danno, nonché circa la sua estensione²⁴³. Il principio fondamentale è quello della riparazione integrale, cui si aggiungono l'esclusione dell'arricchimento senza causa e il principio di ordine pubblico secondo cui l'amministrazione non può essere condannata a risarcire una somma non dovuta. Per cui, si applicheranno tutti i criteri relativi alla valutazione dell'entità del danno e alle deduzioni²⁴⁴; inoltre, saranno dedotte tutte le somme eventualmente già ricevute provenienti da società mutualistiche²⁴⁵, da ammortizzatori sociali²⁴⁶ e da assicurazioni²⁴⁷.

Il giudice amministrativo accetta di accordare il risarcimento sia dei danni materiali (danni corporali o relativi ai beni) che dei danni morali²⁴⁸. L'importante è che il danno sia certo, il che significa che la sua realizzazione non deve risultare come una pura eventualità²⁴⁹. Viene comunque considerata costitutiva di un danno certo la c.d. perdita di *chance*, purché si tratti di una *chance* non troppo remota²⁵⁰. Inoltre, sono

²⁴³ In Francia, mentre il giudice ordinario valuta il danno ponendosi al momento del giudizio. Il giudice amministrativo, invece, spinto dalla necessità di assicurare un equilibrio fra interessi dell'amministrazione e diritti dei cittadini, distingue se si tratta di danni alle persone o alle cose. Nella seconda ipotesi, il giudice valuta a partire dal giorno del giudizio, criterio, tuttavia, che subisce non pochi temperamenti. Nella prima, il giudice valuta il danno a partire dal momento di produzione del danno. Cfr. *Ibidem*, pag. 344.

²⁴⁴ CE, 20 marzo 1991, *CHR de Bourg-en-Bresse c. époux Bouvard*, Rec. 97.

²⁴⁵ CE, Sect. 2 ottobre 1970, *Époux Pol*, Rec. 543; CE, 3 dicembre 1975, *Placide*, Rec. T. 1264.

²⁴⁶ CE, Sect. 25 settembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et Dame veuve Tesson*, Rec. 540; D. 1971, pag. 55, conclusions MORISOT.

²⁴⁷ "Les indemnités versées par les compagnies d'assurances seraient donc, dans certaines cas, considérées comme la contrepartie des primes payées par la victime, alors que dans d'autre cas, le contrat d'assurance, auquel le responsable est pourtant étranger, profitera à l'administration". Cit. da KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif cit.*, pag. 357.

²⁴⁸ I primi posso essere danni alla persona o danni alle cose, ed hanno in comune la possibilità di tradursi secondo una regola generale in una perdita pecuniaria obiettivamente misurabile. I secondi riguardano la sfera psichico-emotiva, ed una quantificazione in termini pecuniari risulta di più difficile realizzazione. Tali danni non rientrano nella fattispecie oggetto di questo lavoro, quindi rinviando all'abbondante dottrina disponibile, fra cui segnaliamo CHAPUS, *Droit administratif général cit.*, pp. 1213 – 1214.

²⁴⁹ Ovviamente, dunque, può trattarsi di danno futuro.

²⁵⁰ A tal proposito, si fa ricorso alla giurisprudenza, che ha dichiarato risarcibile la perdita della seria possibilità di superare un esame o un concorso pubblico o di beneficiare di una promozione, di ottenere un impiego pubblico o privato, o di stipulare un contratto, o di ottenere il pagamento di una certa somma. Per un maggior approfondimento, con i relativi riferimenti alla giurisprudenza, v. CHAPUS, *Droit administratif cit.*, pag. 1212. A proposito della responsabilità del giudice, la quantificazione del danno appare particolarmente complessa nel caso, potenzialmente molto frequente di mancato rinvio pregiudiziale. Infatti, in termini generali, nel caso, per esempio di interpretazione errato

stati riconosciuti i danni “*par ricochet*”, ovvero a soggetti collegati tramite nessi diversi rispetto ai danneggiati “diretti”²⁵¹. Vi sono, infine, dei danni che non sono suscettibili di essere risarciti; non si tratta, ovviamente, di danni che esorbitano dalla competenza del giudice amministrativo, ma piuttosto di danni che tale giudice tende a non tutelare²⁵².

A proposito delle modalità del risarcimento, la regola generale è quella della riparazione per equivalente, ovvero tramite un pagamento, da effettuarsi, a discrezione del giudice, in una sola soluzione o a rate²⁵³. Il giudice amministrativo ha non di rado previsto anche il risarcimento in forma specifica. Per cui, secondo una giurisprudenza costante pervenuta fino ai giorni nostri, l'amministrazione può scegliere se risarcire il soggetto danneggiato attraverso la liquidazione di una somma in denaro o evitare il pagamento tramite prestazioni al fine di riportare il bene danneggiato al suo stato iniziale²⁵⁴.

del diritto comunitario, non ci dovrebbero essere particolari problemi. Viceversa, nel caso di mancato rinvio pregiudiziale (violazione dell'art. 234 TCE), la questione risulta decisamente più complessa. Infatti, in un caso di questo genere, bisogna considerare che tale questione pregiudiziale non necessariamente sarebbe stata accolta, o che avrebbe potuto essere accolta solo in parte. Quindi, entrerebbe in gioco la valutazione del danno per perdita di *chance*, con tutte le incertezze che questo comporta. Cfr. BERGERÉS, *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême cit.*, pag. 1496.

²⁵¹ Anche in questo caso, si tratta di danni difficilmente riscontrabili a seguito di violazione del diritto comunitario.

²⁵² A tal proposito, si fa tradizionalmente riferimento alle servitù relative a questioni urbanistiche o a danni conseguenti ad operazioni militari (casi solitamente regolati da legislazioni speciali).

²⁵³ CE, 20 settembre 1944, *Dame Veuve Batisse*, Rec. 253.

²⁵⁴ CE 10 marzo 1905, *Berry et Chevallad c/Commun de Poilly-sur-Tholon*, S. 1907, 3, pag. 65, nota HAURIU; CE, Sect. 7 febbraio 1930, *Boutoux et association syndicale du canal de Saint-Tropez*, Rec. 153; CE, 10 febbraio 1937, *Commune de Bagnères-de-Bigorre*, Rec. 183; CE, 9 febbraio 1940, *Sieur Monier*, Rec. 54; CE, 5 marzo 1952, *Commune de Louey*, Rec. 149; CE, 19 ottobre 1966, *Commune de Clermont*, Rec. 551; CE, 21 gennaio 1976, *Commune de Margon*, Rec. T. 1166; CAA di Bordeaux, 10 febbraio 1994, *Syndicat intercommunal à vocation multiple du Conflent*, Rec. 614.

CAPITOLO V. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN SPAGNA.

Premesse

L'analisi dell'esperienza spagnola intende dare conto degli elementi che caratterizzano il regime di responsabilità dei pubblici poteri, con particolare riferimento all'applicazione dell'illecito comunitario, in quanto conseguenza della partecipazione dello Stato allo spazio giuridico europeo¹. Il capitolo sarà dedicato in primo luogo agli elementi fondamentali che caratterizzano il paradigma spagnolo di responsabilità dello Stato, in modo da approfondire le modalità con cui l'illecito comunitario trova applicazione e impone un elemento di squilibrio nell'ordinamento ricevente.

L'analisi delle diverse sentenze dei giudici nazionali ci permetterà di approfondire il principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario nelle sue soluzioni applicative. Questo approccio è tanto più opportuno in considerazione del fatto che la legislazione spagnola non

¹ Il regno di Spagna ha aderito ai Trattati CEE, CEEA, Euratom e CECA e ai Trattati di modifica attraverso ratifica del 20 settembre 1985, previa autorizzazione concessa tramite la *Ley Orgánica 10/1985 de 2 de agosto*; all'Atto Unico Europeo, nel 9 dicembre 1986, previa autorizzazione mediante la *Ley Orgánica 4/1986 del 26 novembre*; al Trattato che istituisce l'Unione Europea (Maastricht) mediante ratifica del 29 dicembre 1992, previa autorizzazione *Ley Orgánica 10/1992 de 28 de diciembre*; modificato dal Trattato di Amsterdam, tramite ratifica, il 23 dicembre 1998, previa autorizzazione concessa tramite *Ley Orgánica 9/1998 de 16 de diciembre*. In quanto al trattato di Nizza, il Parlamento ha autorizzato la ratifica mediante *Ley Orgánica 3/2001 de 6 de noviembre*. Agli obblighi derivanti dall'essere membro dell'Unione Europea si riferiscono gli artt. 10.2, 93 e 96 della Costituzione spagnola, da cui deriva chiaramente la prospettiva dell'integrazione delle norme comunitarie all'interno dell'ordinamento spagnolo. Da questa integrazione non sono esclusi i principi elaborati dalla Corte di giustizia in tema di responsabilità dello Stato spagnolo per violazione del diritto comunitario, "*tanto por lo que se refiere a la obligación de indemnizar a los particulares el daño resarcible o sacrificio patrimonial surgido del cumplimiento por el Estado de normas comunitarias aplicadas a consecuencia de los Tratados de adhesión, como de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las propias normas comunitarias en que haya incurrido el Estado*". Cit. da J.L. GAYO LAFUENTE, *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario y su recepción en el Derecho Español*, in *Actualidad Administrativa*, 10, 2004, (pp. 1157-1177), pag. 1167.

contempla alcuna disposizione specifica a proposito dell'illecito comunitario; pertanto, in un quadro in cui quest'ultimo non trova alcun riferimento nel formante legale, ruolo fondamentale è stato svolto dai giudici (*Audiencia Nacional* e *Tribunal Supremo* in particolare), cui è spettato il compito di "interpretare" e sviluppare in diritto interno quanto stabilito in sede comunitaria, attraverso l'integrazione della disciplina, di volta in volta, della responsabilità della P.A., del legislatore, o per fatto del giudice².

Seguendo l'impostazione inaugurata nel capitolo dedicato al paradigma comunitario, riteniamo opportuno analizzare gli elementi salienti che contraddistinguono il regime nazionale di responsabilità dei pubblici poteri, distinguendo fra le diverse funzioni dello Stato e dedicando una sezione specifica all'illecito comunitario imputabile agli enti substatali. Tuttavia, segnaliamo in via preliminare che, in ogni caso, trovano applicazione alcune disposizioni costituzionali, quali l'art. 9.3 della Costituzione Spagnola (di seguito Const.esp.), in cui è proclamato il principio fondamentale della responsabilità dei pubblici poteri, l'art. 106.2, relativo al funzionamento dei servizi pubblici e l'art. 121, dedicato all'errore di diritto e al funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia³. Come vedremo, per quanto riguarda il formante legale, il sistema di responsabilità si fonda sulla *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (di seguito, LRJPAC). In particolare il Titolo X (*De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus Autoridades y demás personal a su servicio*, artt. 139 – 146) che ha radicalmente riformato la precedente disciplina, dettata dalla *Ley de Expropiación*

² Il *Tribunal Supremo* è il giudice di ultima istanza, e la sua competenza si estende a tutte le materie; è organizzato in cinque Sale, corrispondenti, rispettivamente, alle materie civile, penale, contenzioso – amministrativo, sociale e militare. La *Audiencia Nacional* è competente, in primo grado o in appello, sulle materie espressamente stabilite dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Non è competente in materia civile, ma ha competenza sui ricorsi contro atti ministeriali non devoluti ad altri giudici.

³ Il fondamento costituzionale della responsabilità dei pubblici poteri risiede nell'art. 9 e nell'art. 106.2, ai sensi del quale "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados, por toda lesión que sufran en cualquier de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*".

Forzosa del 1954 e dalla *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* del 1957, costituisce uno dei grandi pilastri del sistema⁴.

La normativa citata, relativa alla responsabilità della pubblica amministrazione, offre la disciplina di diritto comune, valida anche nel caso di illecito commesso dal legislatore e, fatte salve le particolarità della fattispecie, dallo Stato - giudice⁵.

Sentenze.

Sentenza del Tribunal Supremo del 30 dicembre 1992.

Si tratta della prima sentenza in cui un giudice spagnolo ha dimostrato di conoscere e, se del caso, applicare, il meccanismo dell'illecito comunitario⁶. Nel caso concreto, benché tale figura non abbia trovato applicazione, il *Tribunal Supremo* (in seguito, TS) dimostrò che le recenti pronunce della Corte di giustizia non gli erano affatto sconosciute.

Il giudice nazionale era chiamato a pronunciarsi circa la possibilità di estendere le tutele previste dalla direttiva 80/987/CEE (concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro) anche al personale dirigente. Il ricorrente richiama a sostegno della propria

⁴ A tal proposito, v. la *Exposición de Motivos* n° 15 della stessa legge. Per un riferimento dottrinale, cfr. J.C. FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, *La responsabilidad patrimonial del Estado: evolución y examen de la doctrina general*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 371 – 396), pag. 395. L'autore segnala, inoltre, che la legge, pur senza prevedere una disciplina analitica, fa espresso riferimento alla responsabilità dello Stato legislatore

⁵ A tal proposito, segnaliamo che l'art. 139.4 della *Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* dispone che “la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Ciononostante, risulta chiaro che l'art. 139 della *Ley 30/1992* si applica in tutti gli ambiti in cui questo sia possibile, come per esempio in relazione all'esclusione della responsabilità per casi di forza maggiore. Cfr. J. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad del Estado Juez*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 283 - 331), pag. 300.

⁶ STS *Sala de lo Social* del 14 marzo 1994 (RJ 2692/1993).

pretesa sentenze contraddittorie dettate dai *Tribunales Superiores de Justicia* di Andalusia, Catalogna e La Rioja⁷, con lo specifico obiettivo di dimostrare che anche i dirigenti, al pari del resto del personale, dovessero essere coperti dal Fondo di Garanzia Salariale previsto dalla normativa comunitaria. Il TS, dunque, si trovò a giudicare circa la possibilità di accordare tale tutela anche in mancanza di recepimento della direttiva, tramite l'applicazione dei principi di primato ed efficacia diretta del diritto comunitario⁸.

In questo caso il ricorrente aveva solamente invocato il principio di effetto diretto della direttiva, ma non aveva richiesto un risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario⁹. Tuttavia, si tratta di una sentenza molto rilevante ai nostri fini, poiché il giudice nazionale fece espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia a proposito della responsabilità per violazione del diritto comunitario e, anche se non si pronunciò direttamente sulla questione, dimostrò un atteggiamento particolarmente attento e sensibile alle istanze comunitarie, che si è espresso più compiutamente negli anni successivi.

⁷ Sentenze del 20 dicembre 1991; 22 maggio 1991; 27 marzo 1990. Del resto, si trattava di un'ipotesi che era stata giudicata in modo difforme da tribunali di rango inferiore.

⁸ Nel caso di specie, dunque, il giudice nazionale applicò la giurisprudenza della Corte di giustizia, stabilendo, tuttavia, che non era possibile invocare il contenuto della direttiva, priva di effetto diretto per mancanza dei requisiti di incondizionalità e precisione.

⁹ Nel *F.J. 3*, la Corte affermò che "*Es claro que la posible responsabilidad del Estado a que se refiere el par. 2 de aquella resolución es materia ajena al proceso que nos ocupa*".

Sentenza della Audiencia Nacional del 25 giugno 1997.

Questa sentenza è relativa al primo caso in cui un soggetto ha preteso il risarcimento del danno a seguito di violazione del diritto comunitario da parte dello Stato spagnolo¹⁰. La causa era relativa al tacito rigetto di un ricorso amministrativo per responsabilità patrimoniale esercitato da un gruppo di società inglesi e tedesche al Ministero dell'agricoltura¹¹. La ragione consisteva nel rifiuto, da parte della Sezione veterinaria doganale di *La Junquera*, di far entrare in territorio spagnolo un carico di suini, seppur accompagnato dai certificati internazionali sanitari e di trasporto. La questione fondamentale consisteva nel giudicare se tale rifiuto, che evidentemente aveva cagionato un danno alla ditta importatrice, costituisse una violazione del diritto comunitario tale da implicare un risarcimento del danno nei confronti dei soggetti danneggiati¹².

L'*Audiencia Nacional* (di seguito, AN), investita della questione, osservò che la direttiva 90/425/CEE costituiva una disciplina di applicazione speciale delle disposizioni generiche di cui all'art. 36 TCE e che le disposizioni del Trattato permettono di imporre restrizioni alla libera circolazione delle merci ai fini della protezione della salute e della vita sia delle persone sia degli animali¹³. L'AN affermò che le restrizioni adottate

¹⁰ Sent. Núm. 342/97. Ricorso amministrativo núm. 452/92. Per un commento a tale sentenza, v. B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Comentario*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, L, 1, 1998, (pp. 266 – 270).

¹¹ Si trattava del *Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación*.

¹² La violazione del diritto comunitario consisteva nel fatto che tale rifiuto poteva risultare contrario all'impegno, assunto dalla Spagna nell'ambito della Commissione Veterinaria Permanente, in virtù del quale non sarebbero state adottate misure unilaterali di limitazione al commercio di suini vivi. A fronte della pretesa dell'attore, che sosteneva di aver subito un danno derivante da una violazione del diritto comunitario imputabile alle autorità spagnole, l'amministrazione si oppose sostenendo la liceità del proprio comportamento, del tutto conforme con l'art. 30 TCE e con la direttiva 90/425/CEE del Consiglio, del 26 giugno 1990, relativa ai controlli veterinari e zootecnici applicabili negli scambi intracomunitari di taluni animali vivi e prodotti di origine animale, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno. Per un'approfondita descrizione di tale questione, v. C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pag. 289 e ss.

¹³ Tale direttiva permetteva che, in presenza di gravi motivi che mettessero in pericolo la salute delle persone o degli animali, gli Stati membri adottassero misure di cautela in attesa di una decisione da parte della Commissione assistita dalla Commissione Veterinaria Permanente, e che tali misure dovessero essere comunicate senza ritardo alla Commissione e agli altri Stati membri. Art. 10: "Lo Stato membro destinatario o di transito

dalle autorità spagnole erano perfettamente lecite e conformi con quanto previsto nella direttiva, perché giustificate dall'insorgere di una malattia degli animali di origine sconosciuta.

Secondo il giudice le violazioni non erano di natura tale da soddisfare il secondo requisito imposto dal giudice comunitario, poiché l'accordo adottato in seno alla Commissione Veterinaria Permanente, era, a suo avviso, privo di qualsiasi contenuto vincolante; inoltre, il giudice, a rafforzamento della sua tesi, osservò che poco tempo dopo l'adozione, da parte delle autorità spagnole, di tale restrizione, la stessa Commissione Europea aveva assunto una decisione dagli effetti sostanzialmente analoghi¹⁴.

Sebbene il giudice abbia rigettato il ricorso per mancata sussistenza dei requisiti previsti dalla Corte di giustizia, i progressi circa l'applicazione dell'illecito comunitario sono rilevanti. Infatti, si tratta della prima volta in cui un giudice spagnolo si è espresso nel merito circa la sussistenza delle condizioni previste a livello comunitario, dimostrando non solo una piena conoscenza della giurisprudenza comunitaria, ma anche piena consapevolezza circa il proprio ruolo di giudice comunitario, chiamato a misurarsi con una figura non meramente teorica, ma suscettibile di essere applicata e di condurre al riconoscimento di ingenti risarcimenti¹⁵.

che, al momento di un controllo ai sensi dell'articolo 5, abbia constatato una delle malattie o fenomeni di cui al primo comma può, se del caso, prendere misure di prevenzione previste dalla normativa comunitaria, compresa la messa in quarantena degli animali. In attesa delle misure che dovranno essere prese in conformità del paragrafo 4, lo Stato membro destinatario può, per motivi gravi di salvaguardia della sanità pubblica o di salute animale, adottare provvedimenti cautelari nei confronti delle aziende, dei centri e degli organismi interessati o, in caso di epizoozia, nei confronti della zona di protezione prevista dalla normativa comunitaria. Le misure prese dagli Stati membri sono comunicate senza indugio alla Commissione e agli altri Stati membri”.

¹⁴ Inoltre, la misura adottata era conforme con quanto previsto dalla direttiva 90/425/CEE, e il fatto che le misure non fossero state comunicate né alla Commissione né agli Stati membri doveva considerarsi come un mero difetto di forma. Inoltre, il giudice sottolineò che la decisione adottata in seno alla Commissione Veterinaria Permanente non derogava ai poteri che la direttiva 90/425/CEE attribuiva agli Stati membri e, pertanto, che fosse quest'ultimo a prevalere. Infine, furono respinte le pretese dell'attore fondate sul fatto che la violazione di quanto deciso dalle autorità spagnole in seno alla Commissione Veterinaria Permanente costituisse una violazione al principio di legittimo affidamento.

¹⁵ Cfr. JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario cit.*, pp. 358-361.

Sentenza della Audiencia Nacional del 7 maggio 2002.

Si tratta della prima sentenza che ha condannato lo Stato spagnolo al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario; in questo modo, il giudice ha per la prima volta applicato la “giurisprudenza Francovich”, il che, fino ad allora, era stato prefigurato solo da parte della dottrina. Tale violazione consisteva nel tardivo recepimento della direttiva 94/47/CE (del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre, relativa alla tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili) che riconosce una serie di diritti in capo agli acquirenti nei contratti di multiproprietà¹⁶.

Il mancato recepimento di tale direttiva aveva infatti implicato che i soggetti che avevano concluso contratti di multiproprietà prima del recepimento della direttiva non avessero potuto esercitare i diritti che tale disciplina prevedeva. Pertanto, i soggetti che, nell'intervallo di tempo fra la scadenza del termine ultimo per il recepimento e l'approvazione della legge di attuazione, avevano concluso contratti non conformi alla disciplina comunitaria e, pertanto, non avevano potuto esercitare i diritti ivi previsti, proposero ricorso amministrativo al *Consejo de Ministros* (in seguito, CdM) per ottenere il risarcimento del danno¹⁷. Tale ricorso, teso al

¹⁶ Tale direttiva riconosceva una serie di diritti in capo agli acquirenti di diritti di multiproprietà: il diritto di ricevere un documento informativo prima dell'acquisto; l'obbligatorietà che il contratto avesse forma scritta, indicante alcuni dati essenziali; il divieto, per i venditori, di pretendere anticipi rispetto al momento della firma del contratto; il diritto dell'acquirente di recedere dal contratto senza indicare le ragioni, nei dieci giorni seguenti alla firma dello stesso.

¹⁷ I soggetti danneggiati erano, quindi, coloro che avevano concluso contratti di multiproprietà in un momento successivo alla scadenza del termine per il recepimento della direttiva (29 aprile 1997) e precedente rispetto alla data di pubblicazione della Legge 42/1998, del 15 dicembre, di recepimento della direttiva. Tali soggetti, in particolare, lamentavano che nei contratti che erano stati conclusi l'oggetto fosse incerto, il prezzo confuso, non fosse previsto un periodo di riflessione e venisse richiesto il versamento di una somma al momento della conclusione del contratto, che i venditori si erano, successivamente, rifiutati di restituire. A tali soggetti si aggiunsero alcune associazioni di consumatori (La *Organización de Consumidores y Usuarios* spagnola, oltre alle analoghe associazioni belga e italiana), la cui legittimazione attiva fu oggetto di controversia. Infatti, lo Stato aveva sostenuto che queste non fossero legittimate ad agire perché prive dell'interesse ad esercitare un'azione diretta ad ottenere il risarcimento di un danno che esse non avevano sofferto. L'AN stabilì, al contrario, che queste fossero legittimate in quanto titolari di un interesse alla condanna dello Stato al risarcimento del danno: “*el recurso versa sobre la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado Español por el retraso en la incorporación al ordenamiento interno del contenido de la*

risarcimento di una somma pari agli anticipi ed agli acconti che non avrebbero avuto il dovere di versare e che non furono mai restituiti, nonostante un parziale accoglimento da parte del servizio giuridico del Ministero della giustizia, fu rigettato tramite silenzio¹⁸.

Esaurita la via amministrativa, i cittadini e le associazioni proposero ricorso contenzioso amministrativo alla Sala Terza del TS. Tale organo, mediante ordinanza (*Auto*) del 12 gennaio 2001 (decisione impugnata e ratificata con *auto* del 2 marzo 2001¹⁹) decise di astenersi dal giudicare in favore dell'AN²⁰, che accolse parzialmente il ricorso proposto da sette dei

Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y de Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tempo compartido, que se enmarca entre las medidas de protección y defensa de los consumidores, naturaleza que también se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 42/1998, de 5 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que incorpora la directiva comunitaria al ordenamiento español, lo que revela claramente la existencia de un interés en el sentido exigido por el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional”.

¹⁸ Il reclamo, promosso il 18 febbraio 1999, davanti al CdM, fu successivamente rinviato al Ministero della Giustizia, il cui Servizio Giuridico emise un'informativa (datata 27 luglio 1999), in cui si ammetteva la responsabilità dello Stato per i danni arrecati in conseguenza del mancato recepimento nei termini della direttiva 94/47 sulla multiproprietà. Ciononostante, tale riconoscimento fu alquanto limitato, perché si reputava che i danni non fossero conseguenza solo della violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato, ma anche della condotta dei venditori dei diritti di multiproprietà, che si erano rifiutati di restituire agli acquirenti gli acconti effettuati al momento della stipula del contratto. Inoltre, ai sensi dell'art. 142.5 della Ley 30/1992, non avevano diritto al risarcimento quei soggetti che avevano presentato ricorso a più di un anno di distanza rispetto al momento della conclusione del contratto da questi stipulato (Art. 142.5 Ley 30/1992: “*En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo*”).

¹⁹ Rispettivamente: *ATS (Sala Tercera) de 12-1-2001 (RJ 2001, 1403)*; *ATS (Sala Tercera) de 2-3-2001 (RJ 2001, 7776)*.

²⁰ Le ragioni di tale astensione risiedevano nel fatto che l'atto amministrativo oggetto di ricorso contenzioso amministrativo era un atto del Ministero della Giustizia; quindi, la revisione spettava alla Sala del Contenzioso Amministrativo dell'AN, così come previsto negli artt. 11.1a) della Ley 29/1998, *de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* e art. 66 della Ley Orgánica 6/1985, *del Poder Judicial*. Ai sensi degli artt. 12.1 de la Ley 29/1998, *de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* e 58.1 della Ley 6/1985, *Ley Orgánica del Poder Judicial* (in seguito, LOPJ), il TS è competente a giudicare il ricorso agli atti del Consiglio dei Ministri e delle Commissioni Delegate del Governo. A tal proposito, il TS affermò: “*El hecho de que en nuestro sistema jurídico sea el Consejo de Ministros quien deba elaborar los proyectos de ley (artículo 88 de la Constitución) a fin de adaptar el ordenamiento español a una concreta Directiva de la Unión Europea, no es razón para que la responsabilidad patrimonial en que hubiera podido incurrir el Estado por no haberse elaborado dicho proyecto de ley deba decidirse por el propio Consejo de Ministros si una Ley no lo establece expresamente, ya que, conforme al artículo 142 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de resolverse por el Ministro respectivo, según declaramos en el fundamento jurídico tercero del auto recurrido, con independencia de que la reclamación*

venticinque ricorrenti²¹, e dichiarò il loro diritto al risarcimento in una quantità equivalente alle somme versate in acconto ai venditori di diritti di multiproprietà (23839 euro), più l'interesse legale, a decorrere dal 18 febbraio 1999.

La sentenza dell'AN muove da un riepilogo della giurisprudenza della Corte di giustizia e, soprattutto, dei presupposti della figura, per poi analizzare le ragioni per le quali detti presupposti nel caso in questione si verificano. A proposito del compimento dei diversi presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia, basta spendere poche annotazioni. La prima condizione si realizza senza dubbio, poiché era indubbio che la direttiva 94/47/CE avesse come finalità precipua quella di impedire le pratiche abusive messe in atto dai venditori di multiproprietà nei confronti dei consumatori, che il più delle volte concludevano il contratto in un periodo di vacanze e molto spesso all'estero²². A proposito dell'avverarsi del secondo presupposto, è sufficiente ricordare che lo Stato ha apertamente violato l'art. 12 della direttiva, che imponeva il termine per il recepimento (entro il 29 aprile 1997)²³. Circa la sussistenza del terzo presupposto, il giudice affermò che il nesso causale è costituito dall'impossibilità, per gli

se dirigiese al Consejo de Ministros, pues, como expresamos también en el fundamento jurídico tercero de dicho auto, la desestimación por silencio administrativo no tiene otro efecto que el de abrir la vía jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto por el artículo 43.3 de la mencionada Ley redactada por Ley 4/1999, de 13 de enero”.

²¹ L'AN si esprime nel merito della questione nella *Exposición de Motivos* n° 5, in cui affermò che “No se plantea, en realidad, cuestión alguna sobre la propia existencia de la responsabilidad extracontractual, ya que el Abogado del Estado, siguiendo el informe emitido el 27 julio 1999 por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado que figura en el expediente administrativo, admite concurrencia de los requisitos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), determinantes de la responsabilidad patrimonial del Estado español en relación con los daños causados a determinados reclamantes, por infracción del derecho comunitario consistente en el retraso en la transposición de la Directiva 94/47/CE del Parlamento y del Consejo”.

²² Abbiamo già ricordato che, a questo scopo, la direttiva attribuisce diversi diritti che non sono riconosciuti nelle legislazioni nazionali. A proposito del primo requisito stabilito dalla Corte di giustizia, “de dicha Directiva derivaban derechos a los particulares, como las personas físicas aquí recurrentes, que eran perfectamente identificables por las disposiciones de la propia Directiva y que no pudieron hacer valer, como el derecho de resolución «ad nutum» o posibilidad de desistimiento unilateral sin penalización alguna para el adquirente en el plazo fijado (art. 5 de la Directiva) o la prohibición de entrega de anticipos o cantidades a cuenta, hasta transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho anterior, siendo precisamente el importe de estas cantidades las que se reclamaron ante la Administración y en las que, en definitiva, los demandantes concretan el perjuicio sufrido”.

²³ A proposito del presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata, ricordiamo che questa condizione è avverata ogniqualvolta ci si trovi di fronte al mancato recepimento di una direttiva (sent. Dillekonfer).

attori, di esercitare i diritti riconosciuti nella direttiva, come conseguenza diretta della violazione imputabile allo Stato, perché, ai sensi della legislazione allora vigente, il versamento di acconti ed anticipi era perfettamente valido, e, d'altra parte, non era contemplata la possibilità di recesso *ad nutum*²⁴. A tal proposito è opportuno segnalare quanto risposto dall'AN a proposito della rottura del nesso causale costituita dall'intervento di un terzo²⁵: ad avviso del giudice, se le direttiva fosse stata recepita in tempo, sarebbero stati disponibili strumenti giuridici tali da evitare il concorso di terzi soggetti nella produzione del danno, o, quanto meno, tali

²⁴ A proposito del nesso di causalità fra violazione del diritto comunitario e danno sofferto, il giudice afferma che *“el vínculo causal lo constituye, precisamente, el que la imposibilidad de ejercitar tales derechos es consecuencia directa del incumplimiento por parte del Estado, ya que conforme al derecho interno entonces vigente resultaba válida la entrega de cantidades a cuenta en el momento de suscribir el contrato y no contemplaba una posibilidad como la resolución mencionada, que posteriormente en la Ley 42/1998 se introduce como derecho de desistimiento (art. 10)”*. Alla rottura del nesso di causalità per comportamento del terzo dedicheremo uno specifico passaggio nel corso del capitolo.

²⁵ L'Avvocato di Stato durante il processo aveva sostenuto che il danno sofferto dai ricorrenti era conseguenza non solo della violazione imputabile allo Stato, ma anche del comportamento degli offerenti, che si erano rifiutati di rescindere i contratti e di restituire le somme versate in acconto; perciò aveva affermato che il risarcimento a carico dello Stato avrebbe dovuto ammontare a non più del 50% delle somme richieste. Come sappiamo, a tal proposito la Corte di giustizia era intervenuta affermando la possibilità che il nesso causale fosse rotto a causa dell'intervento di un terzo (Sent. Rechberger). In tal caso la posizione dell'Avvocato di Stato appariva piuttosto debole, perché, come sottolineato in precedenza, l'amministrazione, in fase di ricorso amministrativo, aveva già affermato che sussistevano i requisiti materiali previsti dalla giurisprudenza comunitaria per la dichiarazione della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario. Per cui, *“tras la admisión por la Administración de que la causa del perjuicio sufrido por los recurrentes fue la inexistencia en la normativa española de los derechos reconocidos en la Directiva, no parecía fundado imputar al mismo tiempo parte de esta responsabilidad a unos operadores económicos (los vendedores de derechos de multipropiedad) cuya conducta en el mercado se encontraba determinada, precisamente, por el contendio de dicha normativa y que, en realidad, se limitaron a comportarse de un modo supuestamente respetuoso de la misma”*. Cit. da A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por retrasos del legislador en la transposición de directivas cit.*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 4, oct-dic. 2002, (pp. 701 – 727), pag. 712. A tal proposito, l'AN ricorda che, analogamente alla sentenza Rechberger, la norma comunitaria ha l'obiettivo di tutelare i consumatori rispetto a forme abusive di contrattazione e, proprio per questa ragione, riconosce dei diritti non previsti nel sistema generale di contrattazione. La direttiva persegue l'obiettivo di rafforzare la posizione degli acquirenti e di fare in modo che il contratto, secondo le parole di Francisco Oliva Blázquez, *“no sea el producto de una irreflexiva actuación en un momento festivo que pueda ocasionar una grave perjuicio patrimonial a una de las partes, frente al abusivo proceder de la otra”*. Cfr. F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado Español frente a particulares por incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva 94/57/CE. Comentario a la SAN de 7 de mayo 2002 (RJCA 2002, 634)*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003 – 2, (pp. 253 – 266), pag. 263.

condotte avrebbero potuto essere efficacemente contrastate²⁶. Il giudice ha dimostrato un approccio molto garantista nei confronti dei cittadini e piuttosto rigoroso nei confronti dei pubblici poteri; ne è dimostrazione il fatto che il giudice non ha considerato che la mancata azione, da parte dei danneggiati, nei confronti dei primi responsabili di tale danno, ovvero i venditori dei diritti di multiproprietà, conducesse ad un'attenuazione del nesso di causalità²⁷. Infatti, tali azioni, se esercitate, molto probabilmente avrebbero avuto successo e avrebbero alleviato l'eventuale carico di responsabilità dei pubblici poteri incaricati di dare attuazione alla direttiva²⁸.

Altra questione affrontata dal giudice riguarda la prescrizione dell'azione di responsabilità. Tale determinazione, come sappiamo, è di competenza degli ordinamenti giuridici nazionali; nel caso in questione, pertanto, ai sensi dell'art. 142.5 della *Ley 30/1992* e 4.2 del *Real Decreto 429/1993*, il diritto a reclamare si prescrive entro un anno a partire dalla produzione del fatto o dell'atto da cui sorge il diritto al *risarcimento* o dal momento in cui si manifesti l'effetto lesivo²⁹. In realtà le parti non discussero circa

²⁶ La posizione del giudice in questo caso appare del tutto logica, se si pensa che i venditori non erano in alcun modo tenuti ad applicare per iniziativa propria una normativa comunitaria che non aveva efficacia diretta; quindi lo Stato è l'unico ente cui è imputabile tale danno.

²⁷ Come sappiamo, la somma accordata a titolo di risarcimento varia a seconda della maggiore o minore diligenza dimostrata dal cittadino danneggiato, che può incidere profondamente sul nesso causale, fino ad interromperlo. Come vedremo nella terza sezione, il giudice nazionale è chiamato a giudicare se il danneggiato si è comportato con una diligenza ragionevole per evitare il danno o ridurre la sua entità, giacché, secondo un principio generale comune ai sistemi giuridici degli Stati membri, il soggetto danneggiato deve provare di aver agito con diligenza per limitare il danno, se non vuole correre il rischio di doverlo sopportare. A tal proposito v. Sent. CGCE, 19 maggio 1992, Mulder e a./Consiglio e Commissione. Cause riunite C-104/89 e C-37/90, Racc. I-3061, par. 97.

²⁸ A tal proposito Antonio Martínez Sánchez afferma: "*La atribución en este supuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos en que lo hizo la Audiencia Nacional habrá tenido una de estas dos consecuencias, ambas injustificadas: (i) bien que los recurrentes indemnizados hayan obtenido un enriquecimiento sin causa en caso de que hayan conseguido por su parte una cantidad similar a la reconocida en su favor por la Audiencia Nacional mediante el ejercicio de acciones civile contra los vendedores; (ii) bien que, en el supuesto de que los particulares no hayan ejercido dichas acciones civiles, los auténticos responsables del daño (los vendedores) no hayan respondido por dichos daños, hayan logrado quedarse con las injustificadas entregas a cuenta que les efectuaron los recurrentes y, de este modo, hayan conseguido trasladar a todo el colectivo la responsabilidad de sus actos de contratación abusiva*". Cit. da MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por retrasos del legislador en la transposición de directivas cit.*, pag. 726.

²⁹ Come sappiamo, le azioni contro le istituzioni comunitarie in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono nel termine di cinque anni a partire dal momento in cui la vittima è stata al corrente dell'avverarsi del fatto costituente la violazione. Il termine

l'applicazione di queste norme, quanto, piuttosto, circa la fissazione del *dies a quo*. Secondo l'Avvocato di Stato, in applicazione dell'art. 142.5 della *Ley 30/1992*, non erano risarcibili i danni occorsi ai cittadini che avessero concluso il contratto prima del 18 febbraio 1998. Secondo gli attori, invece, nessuna posizione era prescritta perché i danni lamentati erano di natura "continuata", la controparte aveva persistito nell'esigere l'adempimento del contratto da parte dei contraenti, i contratti continuavano ad essere in vigore e il danno persisteva poiché la legge di recepimento della direttiva non aveva effetti retroattivi³⁰. In questo caso la AN diede ragione all'Avvocato dello Stato, affermando che il *dies a quo* coincideva con il giorno in cui il fatto dannoso era avvenuto, ovvero il giorno della stipula dei contratti (avvenuta in un momento in cui la direttiva non era ancora stata recepita), che coincideva con il momento del versamento delle somme che non furono più restituite, e che erano state reclamate a titolo di risarcimento³¹. Pertanto il giudice accordò il risarcimento solo a coloro che avevano concluso i contratti dopo il 18 febbraio 1998 e rigettò tutte le domande presentate dopo la scadenza del termine annuale³².

A proposito della quantificazione del danno il giudice, richiamando alcuni precedenti del TS, affermò il principio generale in materia di risarcimento per responsabilità patrimoniale dello Stato, costituito dalla *restitutio in integrum*³³.

spagnolo di un anno non è in ogni caso in contrasto con il diritto comunitario perché, come noto, la Corte di giustizia permette agli Stati membri di fissare il termine per l'esercizio delle azioni, a condizione che questo non sia meno favorevole rispetto a casi analoghi di natura interna. Il tema, già affrontato nel capitolo III, sarà ripreso più avanti.

³⁰ Sostanzialmente la parte attrice sosteneva l'interpretazione, molto favorevole nei confronti degli acquirenti, secondo la quale, una volta riconosciuta la sussistenza di danni continuati, il computo del *dies a quo* dovesse iniziare solo a partire dal momento in cui l'attività dannosa fosse cessata.

³¹ In altri termini, la AN dedusse, dalla presentazione della domanda, che la lesione risaliva al momento del versamento degli anticipi mai restituiti, e che quindi non si trattasse di un danno continuato, ma di un danno risalente ad un momento determinato.

³² In questo caso, è lecito interrogarsi se sia giustificato che lo Stato possa allegare che il termine di prescrizione di un'azione di responsabilità patrimoniale per tardivo recepimento di una direttiva cominci a decorre prima che questo abbia permesso ai cittadini di conoscere con esattezza il contenuto e l'estensione dei loro diritti attraverso la corretta attuazione nel diritto nazionale.

³³ La AN (nel *F.J.* 9) richiamò le sentenze STS de 29-3-1999 (Ar. 1999, 3783), STS de 20-2-1999 (Ar. 1999, 3016) e STS de 13-3-1999 (Ar. 1999, 3151), e affermò che tale principio sarebbe rimasto disatteso se ai soggetti danneggiati non fosse stato accordato un risarcimento integrato dal corrispondente interesse legale a partire dal momento in cui

Sentenza del Tribunal Supremo del 20 giugno 2002.

Tale sentenza è la prima di una serie di pronunce del TS, circa l'eventuale responsabilità patrimoniale della P.A. per violazione del diritto comunitario³⁴. Nel caso di specie, le autorità spagnole avevano negato l'autorizzazione per lo svolgimento di un'attività di trasporto passeggeri e merci, da parte di una società inglese, fra la località marocchina di Nador e le città spagnole di Alicante, Almeria e Malaga.

Tale società lamentava un danno derivante da un'ingiusta restrizione di un'attività liberalizzata, ai sensi del principio di libera prestazione di servizi garantita dai Trattati e dal Regolamento 4055/1986; le autorità spagnole, invece, la subordinavano ad un'autorizzazione, prevista dalla legislazione spagnola, che richiedeva che i porti collegati fossero dotati di strutture che permettessero il controllo dell'immigrazione. La questione era di particolare rilevanza perché, all'epoca dei fatti, i porti in questione non erano dotati di tali strutture.

Il TS, investito della questione, sulla scorta di una precedente sentenza della Corte di giustizia circa le concessioni di autorizzazione per un'attività di cabotaggio marittimo, considerò che non fosse contrario al diritto comunitario un regime che imponesse un sistema di licenze, a determinate condizioni e in vista di obiettivi di interesse generale³⁵. Il TS,

i cittadini in questione presentarono ricorso amministrativo al CdM: "*habiéndose presentado la solicitud de indemnización a la Administración el 18 de febrero 1999 y tratándose de cantidades líquidas, con la única especialidad de que las sumas mencionadas en la sentencia deben ser convertidas en la actual moneda de curso legal, procede declarar el derecho al cobro del interés al tipo fijado por las Leyes Presupuestarias de los respectivos ejercicios y desde la fecha indicada*". Ciò detto, nel caso concreto l'Amministrazione non fu condannata al pagamento delle spese processuali, per cui i sette ricorrenti cui la AN riconobbe il diritto al risarcimento dovettero corrispondere agli avvocati somme di gran lunga maggiori a quelle percepite a titolo di risarcimento. Si tratta di uno di quei casi in cui è lecito chiedersi se il risarcimento accordato compia la funzione di compensare effettivamente il soggetto danneggiato. Per evitare il ripetersi di simili casi, l'art. 139.1 della *Ley 29/1998, de 13 junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, stabilisce che, salvo nei casi di mala fede nel comportamento processuale delle parti, "*se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando, de otra manera, se haría perder al recurso su finalidad*".

³⁴ Ci riferiamo alle sentenze 1 luglio 2002, 10 febbraio 2003, 25 gennaio 2003, 22 ottobre 2003, 8 marzo 2004 e 15 marzo 2004.

³⁵ Ci riferiamo a: Sent. CGCE, 20 febbraio 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)* e altri c. *Administración General del Estado*. Causa C-205/99, Racc. I-01271. La sua applicabilità al tema delle linee di collegamento

nel caso concreto, considerò che l'equilibrio fra i diversi principi fosse stato raggiunto tramite la designazione di Almeria come unico porto autorizzato, con l'esclusione dei porti di Alicante e Malaga. Per cui, grazie all'affermazione circa la legalità della condotta dell'amministrazione, la questione della responsabilità per violazione del diritto comunitario non venne affrontata.

Sentenza del Tribunal Supremo del 12 giugno del 2003³⁶.

La più celebre sentenza di applicazione dell'illecito comunitario in Spagna, molto conosciuta anche perché relativa a un caso che ebbe grande risonanza sui mezzi di comunicazione, è senza dubbio quella che accolse l'azione proposta da *Canal Satélite Digital S.L.* a seguito della violazione, da parte dello Stato spagnolo, del diritto comunitario in materia di trasmissioni radiotelevisive³⁷.

Più precisamente, la violazione consisteva nell'approvazione di una disciplina nazionale che subordinava l'attività di trasmissione radiotelevisiva all'iscrizione in un registro, che imponeva l'utilizzo di una particolare tecnologia per la visione delle trasmissioni via satellite³⁸.

con l'estero è collegata al fatto che, come afferma il TS, la Commissione Europea ha più volte ammesso che la libertà di prestazione di servizi di trasporto marittimo non può essere illimitata, in quanto attività che necessita di determinate infrastrutture, nonché dell'installazione di servizi doganali e di controllo dell'immigrazione da parte dello Stato membro. A tal proposito, lo Stato spagnolo aveva anche sottolineato il particolare ruolo nel controllo dell'immigrazione illegale nella frontiera sud dell'Unione Europea, che aveva condotto a dichiarare il porto di Algeciras come l'unico par. di collegamento esterno fra Valencia e la frontiera portoghese.

³⁶ TS, Sala 3, Sección 3, sentencia del 12 de junio de 2003.

³⁷ La violazione consistette, in primo luogo, nel mantenimento in vigore del decreto legge 1/1997 (approvato il 31 gennaio 1997) e del decreto legislativo 136/1997 (convalidato il 3 maggio dello stesso anno con legge n° 17/1997). Si trattava di una serie di disposizioni legislative e regolamentari che, secondo un'opinione ampiamente condivisa, avevano l'obiettivo non confessato ma evidente di ritardare l'ingresso nel mercato di *Canal Satélite Digital* e concedere tempo alla costituzione ed alla commercializzazione di un'altra piattaforma digitale, chiamata *Vía Digital*. La legge 17/1997 di recepimento della direttiva 95/47/CE, del 24 ottobre 1995, in materia di emissione di segnali televisivi, entrò in vigore più di un anno dopo la scadenza del termine di attuazione, avvenuta il 23 agosto 1996.

³⁸ Già prima dell'approvazione della legge di recepimento, che introdusse (impropriamente) tale registro di operatori di iscrizione obbligatoria, subordinata ad autorizzazione da parte del Ministero dei lavori pubblici spagnolo, e impose l'uso di un determinato modello di decodificatore, diverso da quello che stava commercializzando

L'impresa attrice, danneggiata dal mantenimento in vigore di tale normativa nazionale, in un primo tempo propose ricorso amministrativo al Consiglio dei Ministri per ottenere il risarcimento del danno. A seguito del rigetto, conseguente alla pronuncia (obbligatoria ma non vincolante) del *Consejo de Estado*, la questione giunse dinanzi al TS che, investito della questione, giudicò che il Governo spagnolo, nell'esercizio dell'attività normativa, avesse violato l'ordinamento comunitario³⁹. Di conseguenza, con la sentenza del 12 giugno 2003, una volta affermata la sussistenza delle condizioni imposte dalla Corte di giustizia, condannò l'Amministrazione Generale dello Stato a risarcire a *Canal Satélite Digital, S.L.*, una cifra pari a 26,4 milioni di euro.

La dottrina si è soffermata lungamente su tale sentenza, che appare di grande interesse sotto molteplici profili. In primo luogo, è interessante l'esame circa la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia. A tal proposito, come noto, regge il principio di equivalenza, che impone l'applicazione dei requisiti previsti in ambito nazionale quando questi siano più favorevoli al danneggiato rispetto alla disciplina *de minimis* prevista in sede comunitaria⁴⁰. Ciononostante, il TS non si pone il problema circa

Canal Satélite Digital, la Commissione Europea aveva segnalato allo Stato spagnolo l'incompatibilità della normativa, oltre che con la stessa direttiva, con i principi di libera circolazione delle merci e prestazione dei servizi. Ciononostante, la normativa entrò in vigore con il *Real Decreto 136/97*, senza peraltro rispettare l'obbligo di notifica alla Commissione prima della approvazione, previsto ai fini dell'approvazione di qualsiasi normativa tecnica. A seguito di tale violazione, la Commissione propose istanza di procedura di infrazione contro la Spagna, che si risolse con la sentenza del 25 luglio 1997, che accertò la violazione.

³⁹ Il *Consejo de Estado*, con Dictamen núm. 3399/98, del 12 novembre 1998, aveva sostenuto che mancava il requisito della violazione sufficientemente caratterizzata. Il TS, in precedenza aveva proposto quesito pregiudiziale cui la Corte di giustizia aveva risposto con sentenza del 22 gennaio 2002. Per un commento alla sentenza del giudice comunitario, v. I. SEGURA RODA, *La sentencia "Canal Satélite Digital" de 22 de enero de 2002: ¿una nueva orientación jurisprudencial relativa a la autorización de productos en el Mercado interior?*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 222, 2002, (pp. 45 - 58). In linea con quest'ultima, il giudice nazionale, con sentenza del 10 dicembre 2002, aveva annullato l'art. 2 del *Real Decreto 136/1997* in quanto incompatibile con la direttiva 95/47 e perché imponeva restrizioni alla libera circolazione di beni e alla libera prestazione di servizi. A proposito dell'annullamento v. G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 371 - 395.

⁴⁰ Secondo le parole del TS, "*Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la*

l'applicabilità di condizioni più favorevoli, ed opta per la diretta applicazione della disciplina comunitaria: di conseguenza, indaga circa la sussistenza dei tre requisiti e, in particolare, della violazione sufficientemente caratterizzata⁴¹. Probabilmente, la portata innovativa dell'applicazione, da parte dei tribunali nazionali, del regime di responsabilità delineato dalla Corte di giustizia, ha indotto il giudice a sottolineare che, nel caso di specie, si verificavano i requisiti comunitari della violazione sufficientemente caratterizzata. Inoltre, l'opposta alternativa avrebbe implicato un giudizio di comparazione fra illecito comunitario e illecito costituzionale di difficile soluzione e dalle implicazioni politiche rilevanti.

Un altro aspetto che suscita interesse attiene alla quantificazione dei danni, in particolare circa il lucro cessante ipotetico, al quale la sentenza dedicò ampio spazio⁴². Nel caso di specie, come spesso avviene, si

tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico”.

⁴¹ A tale questione faremo riferimento nel corso della trattazione. Nel caso spagnolo, anche in tema di responsabilità del legislatore, è infatti astrattamente possibile trovare una normativa interna più favorevole rispetto al diritto comunitario. Infatti, secondo la disciplina elaborata dai giudici spagnoli, il legislatore può essere condannato al risarcimento del danno anche in presenza di un danno privo di particolari elementi di gravità.

⁴² In sintesi, i danni riconosciuti, relativi al periodo intercorrente fra il 31 gennaio 1997 e il 15 settembre 1997, giorno in cui fu approvato il *Real Decreto-Ley* 16/1997, sono i seguenti: in merito al danno emergente, i costi addizionali necessari per effettuare le emissioni da Lussemburgo e i viaggi, l'assistenza giuridica ed economica, e i costi finanziari ammessi; in merito al lucro cessante, il ritardo nell'adesione di nuovi abbonati (a tal proposito si richiede un risarcimento di 1700 milioni di *pesetas*) e la perdita definitiva di abbonati (13500 milioni di *pesetas*). Rispetto a queste voci, il TS sottolineò una serie di dati che inducevano a rendere particolarmente opinabile la quantificazione. In particolare, il giudice sottolineò che le perizie non facevano alcun riferimento alle difficoltà commerciali derivate dal mancato accordo con alcune grandi superfici, che la quantificazione del danno soffriva di gravi incertezze, che era omesso qualsiasi riferimento agli ipotetici effetti sull'attrazione di nuovi clienti, al maggior investimento pubblicitario, al miglioramento del prodotto e agli effetti dell'abbassamento delle tariffe. Inoltre, il giudice ricordò che la traslazione del numero ipotetico di abbonati persi dovesse essere svolta in riferimento ad altri mercati, quale quello francese, caratterizzati, tuttavia, da differenti redditi *pro capite*, contenuti di programmazione e investimenti pubblicitario. Per queste ragioni, il giudice, convinto che la prova periziale fosse insufficiente, optò per una propria valutazione di tipo equitativo.

trattava di una valutazione senza dubbio complessa e per molti versi opinabile, in quanto fondata su calcoli meramente ipotetici⁴³.

Questa pronuncia è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina spagnola, che ha segnalato lo sforzo, da parte del TS, di applicare quanto disposto dalla Corte di giustizia, con l'obiettivo di adottare criteri estremamente favorevoli ai cittadini⁴⁴.

Ciononostante, l'esposizione dei motivi, così come le argomentazioni circa i criteri utilizzati, non sono prive di imprecisioni, ambiguità e lacune. In primo luogo, la forma utilizzata di certo non aiuta a seguire l'argomentazione, a causa delle numerose citazioni letterali della giurisprudenza della Corte di giustizia e, d'altra parte, uno spazio relativamente limitato è dedicato all'applicazione dei presupposti previsti in sede comunitaria a proposito del caso concreto. Inoltre, il TS ha evitato di affrontare le questioni collegate al rapporto fra diritto comunitario e diritto spagnolo e, in particolare, ha citato, ma non risolto, le questioni relative alle differenze fra il regime di responsabilità oggettiva che caratterizza l'ordinamento spagnolo e la responsabilità, non priva di elementi soggettivistici, che caratterizza il paradigma comunitario. Il ragionamento

⁴³ Il calcolo fu eseguito in questo modo. Ai fini del computo del ritardo nell'attrazione di nuovi abbonati, fu sottratto il numero di abbonati al 15 settembre 1997 rispetto a quelli al 30 aprile 1998, in modo da prendere in considerazione l'aumento di abbonati in un analogo periodo di tempo. A questo venne applicato un indice di correzione legato alla stagione, poiché nei mesi estivi l'*audience* diminuisce. Dal risultato furono sottratti gli abbonati che potevano essere definiti come definitivamente persi, calcolandolo, in termini ipotetici, in riferimento agli abbonati a *Vía Digital* in un periodo prestabilito. In questo modo si ottenne una cifra di ipotetici clienti che avevano ritardato la conclusione dei contratti e che si sarebbero abbonati progressivamente. Al valore medio di un abbonato, si sommò la differenza fra la quota di sottoscrizione vigente durante il periodo di vigenza delle disposizioni illegali e la inferiore vigente nel periodo successivo, e a tale quantità fu sottratto il maggior costo di pubblicità durante il periodo posteriore di eguale durata, e venne applicato un fattore di correzione derivato dall'abbassamento delle tariffe (10%), miglioramento della programmazione (10%), maggior tempo di inserimento del prodotto nel mercato (5%) e miglioramento della rete di distribuzione (10%). Da questa complessa operazione si ottenne un risultato finale di 387 milioni e mezzo di *pesetas*, a fronte di una pretesa di 1700 milioni. Relativamente alla perdita degli abbonati, alla cifra stabilita fu applicato un nuovo indice di correzione del 20% dovuto al miglioramento della programmazione e diminuzione delle tariffe, "aspetti che senza dubbio influirono sull'affluenza di abbonati a *Vía Digital*". Alla spesa media mensile di ogni abbonato calcolato da febbraio 1997 a maggio 2000, moltiplicata per il periodo di sei anni e due mesi (ovvero la durata media stimata per abbonamento), fu sottratta una stima dei recessi, con un risultato totale di poco più di 4 miliardi di *pesetas*.

⁴⁴ Cfr. B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho Comunitario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 12 de junio de 2003*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2, 2003, (pp. 1 - 22).

esposto a tal proposito dal TS non appare del tutto appropriato, quantomeno dal punto di vista del diritto comunitario, perché è assente una riflessione circa le conseguenze della giurisprudenza comunitaria sulle categorie giuridiche e sulle dinamiche istituzionali che caratterizzano l'ordinamento spagnolo⁴⁵.

Sentenza del Tribunal Supremo del 29 gennaio 2004.

La pronuncia è relativa all'azione promossa da un'agenzia immobiliare che reclamava il risarcimento da parte dell'amministrazione statale della somma corrisposta a titolo di IVA nel 1997, ai sensi di una disciplina nazionale contraria al diritto comunitario⁴⁶.

Il giudice nazionale, considerando la natura risarcitoria dell'azione, ha richiamato la giurisprudenza relativa alle conseguenze in termini patrimoniali della sentenza del *Tribunal Constitucional* (in seguito, TC) che aveva sancito l'incostituzionalità della tassa sul gioco d'azzardo, secondo la quale il *dies a quo* per l'esercizio dell'azione di responsabilità a seguito di applicazione di leggi incostituzionali decorre dal momento della pubblicazione della sentenza⁴⁷. Tuttavia, il TS ha affermato che la giurisprudenza relativa all'illecito costituzionale non poteva essere applicata all'illecito comunitario, perché si trattava di due ipotesi ontologicamente diverse, e una diversa opinione avrebbe condotto a

⁴⁵ "... en efecto, la determinación de la responsabilidad y el derecho de indemnizaciones de los particulares se rigen, en cuanto a sus aspectos sustantivos y particularmente en cuanto se refiere a los presupuestos de la responsabilidad y del derecho de indemnización, únicamente por lo dispuesto en el Derecho comunitario. Sin perjuicio de que una vez constatada la responsabilidad y abierta la vía para reclamar la indemnización sea el derecho nacional, en este caso el Derecho español, el que resulte aplicable". Cit. da D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2048, 2007, (pp. 3995 - 4030), pag. 4028.

⁴⁶ La normativa spagnola (art. 111 della legge 37/1992) differiva il momento della restituzione dell'imposta al momento dell'inizio effettivo dell'attività, che nel 1997 non era ancora avvenuto. La Corte di giustizia, con sentenza del 21 marzo 2000, affermò la violazione del diritto comunitario, che stabilisce che il diritto alla restituzione sorge in un momento anteriore, nel caso in cui sia provata la seria e ragionata intenzione di iniziare l'attività. L'amministrazione eccepiva affermando che tale pretesa era fondata su un "*acto firme*". A tale teoria faremo riferimento nel corso della trattazione.

⁴⁷ Si tratta della STC 173/1996.

risultati aberranti⁴⁸. Inoltre, il giudice non ravvisò la sussistenza del secondo e terzo requisito fissati dal giudice comunitario⁴⁹.

In realtà tale sentenza è stata oggetto di diverse critiche da parte della dottrina che, in primo luogo, ha messo in luce che l'azione non era di natura risarcitoria, ma piuttosto orientata alla restituzione di una dazione indebita, e pertanto disciplinata da una normativa che prevedeva diversi requisiti, sotto il profilo sia sostanziale sia processuale⁵⁰. Inoltre, la dottrina si è intrattenuta sull'analogia fra l'azione per illecito comunitario e quella per illecito costituzionale. Come vedremo nel corso della trattazione, la presunzione di validità delle leggi è analoga, che si tratti di incostituzionalità o violazione del diritto comunitario. Lo stesso è possibile affermare circa il fatto che il soggetto che intende lamentare la violazione del diritto comunitario non può rivolgersi direttamente al giudice comunitario, ma deve farlo tramite l'amministrazione o i giudici nazionali. Per cui, è piuttosto discutibile che il *dies a quo* decorra da momenti diversi a seconda che si tratti di illecito costituzionale o illecito comunitario.

⁴⁸ Tale distinguo da parte del giudice si fondava sul fatto che, a suo avviso, nel caso di illecito costituzionale, il *dies a quo* decorre dalla pubblicazione della sentenza, perché fino a quel momento le leggi ordinarie e gli atti amministrativi godono di una presunzione di costituzionalità da cui discende che non si possa pretendere che il soggetto danneggiato impugni l'attività amministrativa, non essendo nemmeno titolare dell'azione di incostituzionalità delle leggi. Viceversa, nel caso di legge contraria al diritto comunitario, tale contraddizione è immediatamente invocabile di fronte ai tribunali spagnoli, per cui il danneggiato può fare ricorso contro l'atto di liquidazione sia in via amministrativa sia in via contenziosa e, d'altra parte, tanto l'amministrazione quanto i giudici avrebbero dovuto applicare direttamente il diritto comunitario. Nel corso del capitolo esporremo le critiche a tale orientamento.

⁴⁹ Infatti, ad avviso del giudice, ci sarebbe stata violazione sufficientemente caratterizzata nel caso in cui il diritto nazionale semplicemente negasse il diritto alla restituzione, mentre nel caso in questione tale diritto è solo ritardato; circa il terzo requisito, il giudice sostiene che il danno è conseguenza di un atto di applicazione e del mancato esercizio dell'azione di restituzione.

⁵⁰ Cfr. J.A. CARRILLO DONAIRE, M. LÓPEZ MENUDO e E. GUICHOT REINA, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pag. 285 e ss..

Sentenza del Tribunal Supremo del 30 aprile 2004.

Il TS è stato chiamato a giudicare circa l'azione di un medico per l'ottenimento di un risarcimento del danno da parte del *Ministerio de Educación y Cultura* a seguito dello scorretto e tardivo recepimento delle direttive 75/362 e 93/16, relative alla libera circolazione dei medici ed il reciproco riconoscimento di diplomi, certificati ed altri titoli⁵¹.

Nel caso in questione l'azione fu rigettata per mancata sussistenza del secondo e del terzo requisito⁵². A tal proposito, la dottrina ha

⁵¹ Tale direttiva fu recepita in ritardo, tramite il *Real decreto* 2072/1995 del 22 dicembre e il *Real Decreto* 1497/1999 de 24 de septiembre; si è trattato, inoltre, di un recepimento scorretto, accertato dalla Corte di giustizia nella Sentenza 16 maggio 2002. La disciplina comunitaria prevedeva un sistema di reciproco riconoscimento, che implicava che i cittadini comunitari con un titolo di specializzazione in medicina ottenuto in uno Stato membro potessero ottenere l'omologazione in qualsiasi altro Stato, a seguito di un periodo di formazione complementare nel caso in cui la disciplina dello Stato ricevente fosse più rigida rispetto a quello dello Stato di origine. La normativa spagnola, invece, richiedeva che i medici specializzati formati all'estero si presentassero all'esame MIR (*"Médico interno residente"*) (salvo nel caso in cui avessero avuto accesso alla specializzazione dopo aver superato una analoga prova nello Stato di origine), e portassero a termine il corrispondente periodo di formazione, secondo analoga disciplina relativa alla formazione dei laureati spagnoli privi di specializzazione. Il Governo spagnolo difendeva tale sistema affermando che serviva per scoraggiare i cittadini spagnoli che, laureatisi in Spagna, si recavano in un secondo tempo all'estero per ottenere il titolo di specialità e poi tornare in Spagna in modo da ottenere il titolo di specialista, dovendo conseguire solo la formazione complementare, senza sottoporsi al sistema MIR. Sulla questione il TS si è pronunciato più volte, non solo in relazione all'eventuale responsabilità per violazione del diritto comunitario. A tal proposito v., ad es., STS, Sala 3, Secc. 4, de 17 de junio 2003, commentata in B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Control directo de la norma interna*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 3, 2004, (pp. 1 - 23). Il giudice in questo caso rigettò la domanda, aggiungendo, tuttavia che, nel caso specifico, sarebbe stato possibile agire per responsabilità *"en que incurre el Estado por daños causados a los particulares cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoc el Derecho comunitario"* (F.J. sexto). Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho Español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles*, in *La Ley*, XXXII, 1999, (on-line).

⁵² Infatti, il giudice ha richiamato la sentenza della Corte di giustizia che aveva accertato l'infrazione, che non aveva fatto riferimento alla sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. Inoltre, ricorda che la Commissione europea aveva riconosciuto la legittimità dell'interesse della Spagna nell'impedire abusi, pur sostenendo che non fosse né necessario né proporzionato sottoporre all'esame MIR i medici specializzati in altri Stati membri. Inoltre, secondo il giudice nazionale, la condotta dell'amministrazione non tendeva a negare il riconoscimento dei diplomi, certificati o titoli dei richiedenti, ma semplicemente a condizionare la loro validità al verificarsi del requisito dell'acquisizione della formazione complementare e, una volta superato il periodo di formazione, a concedere il pieno riconoscimento stabilito tanto dalla direttiva quanto dalla Corte. Si trattava, dunque, di uno scorretto recepimento, piuttosto che di una totale

puntualmente criticato l'orientamento che anima la decisione, poiché poteva essere desunto dalla sussistenza di altri elementi, quali il ritardo nel recepimento della direttiva, le dichiarazioni della Commissione Europea che sottolineavano l'infrazione, o la dubbia equazione fra formazione complementare e il periodo di pratica analoga a quella dei neolaureati. Inoltre, ricordiamo che il TS non propose quesito pregiudiziale, che sarebbe stato sicuramente utile per approfondire il tema del rapporto fra direttiva e disciplina nazionale, anche perché il giudice comunitario, nell'emettere la sentenza relativa all'infrazione, non aveva fatto riferimento alla violazione sufficientemente caratterizzata, per la semplice ragione che non si trattava di una sentenza relativa né alle conseguenze in termini patrimoniali di una violazione statale, né alla responsabilità patrimoniale delle istituzioni comunitarie⁵³. Inoltre, è apparsa molto discutibile la ricostruzione del nesso di causalità, che il giudice ha risolto senza particolari approfondimenti⁵⁴.

omissione (che, come noto, avrebbe implicato l'automatica sussistenza del secondo requisito).

⁵³ Tra l'altro, la mancata proposizione del rinvio pregiudiziale da parte del TS avrebbe potuto costituire di per sé causa per agire in termini patrimoniali per violazione del diritto comunitario.

⁵⁴ Ad avviso del giudice, nemmeno sussisteva il necessario nesso di causalità fra i danni sofferti dagli attori e il mancato recepimento, in considerazione della condotta dell'amministrazione, più attenta nei confronti delle posizioni giuridiche dei soggetti interessati.

Sentenza del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, del 22 novembre 2007.

Tale sentenza è relativa ad una controversia fondata sulla violazione, da parte del legislatore spagnolo, di alcune disposizioni della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, 17 maggio 1977, sesta direttiva in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme.

Nell'occasione, il giudice ha affermato che *“las consecuencias de la violación de las normas de Derecho comunitario no deben ser inferiores a las derivadas del incumplimiento de la Constitución. Lo contrario supondría una interpretación restrictiva de la aplicación de las normas comunitarias”*.

Anche in questo caso, il problema fondamentale consisteva nella possibilità, ancora oggi aspramente discussa, di equiparare l'illecito comunitario con l'illecito costituzionale, in modo da verificare se la disciplina del secondo possa essere applicata per analogia al primo. Come vedremo, si tratta di una questione che vede la dottrina spagnola concorde, mentre la giurisprudenza, e il TS in particolar modo, ha più volte espresso serie perplessità a tale proposito. Il tema sarà trattato nella sezione dedicata alla responsabilità del legislatore. In ogni caso, anticipiamo che la prossima pronuncia della Corte di giustizia, sollecitata dal *Consejo de Estado*, aiuterà a far luce su tale questione.

Sentenza del Tribunal Supremo dell' 11 gennaio 2008.

Tale sentenza è relativa ad una controversia sull'incompatibilità della legislazione spagnola con la normativa comunitaria circa il riconoscimento dei titoli accademici⁵⁵. Il ricorso amministrativo era stato oggetto di silenzio-rigetto e perifrasi varie. da parte del *Ministerio de Educación y Cultura*, a seguito dell'ingiustificato ritardo, da parte dell'amministrazione, nel riconoscimento di titoli di "medico specialista".

A tal proposito, il giudice ha richiamato la sentenza relativa a *Canal Satélite Digital* circa la violazione del dovere di recepimento⁵⁶; tuttavia, non ha ravvisato la sussistenza del nesso causale fra la violazione e il danno, perché, ai fini della dimostrazione di tale nesso, bisognava provare la sussistenza di altri elementi di fatto. Infatti, non trattandosi di un riconoscimento automatico, bisognava previamente accertare il corretto espletamento di adempimenti burocratici quali l'accertamento circa la corrispondenza dei programmi formativi, l'emissione di una dichiarazione da parte della *Comisión Nacional de la Especialidad* e del riconoscimento amministrativo dell'equivalenza. Per cui, il giudice affermò, in mancanza di questi requisiti, l'impossibilità di individuare una relazione diretta fra il tardivo recepimento e i mancati guadagni degli specialisti francesi non riconosciuti come tali in Spagna. Inoltre, il giudice affermò la necessità di provare la sussistenza di danni concreti e non di mere aspettative, così come stabilito dall'art. 139 LRJPAC. In un caso di questo genere, secondo il giudice, il recepimento di una direttiva può ingenerare aspettative di diritti, ma non implica l'attribuzione di diritti certi, né permette di prefigurare la sussistenza di diritti acquisiti. Di conseguenza, il giudice ha rigettato il ricorso.

⁵⁵ Gli attori lamentavano il tardivo recepimento delle direttive comunitarie 75/363 e 93/16 (recepite con quasi un anno di ritardo con il *Real Decreto 2072/1995* del 22 dicembre), che ha comportato la produzione di danni derivanti dal mancato esercizio dell'attività professionale. Circa il nesso di causalità fra violazione del diritto comunitario e produzione del danno, gli attori sottolinearono che la sussistenza di tale elemento non era stata contestata nemmeno dall'amministrazione.

⁵⁶ *TS, Sala 3, Sección 3, sentencia del 12 de junio de 2003.*

Sentenza del Tribunal Supremo del 30 gennaio 2008.

Tale sentenza è relativa ad una controversia relativa alla incompatibilità della legislazione spagnola con la direttiva 77/388/CEE del Consiglio, 17 maggio 1977, sesta direttiva in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme.

Nel caso di specie, la stessa ricorrente ha riconosciuto che il danno di cui pretendeva il risarcimento si era verificato in seguito ai versamenti realizzati, che non erano stati oggetto di specifico ricorso e che, pertanto, non erano suscettibili di controversia o revisione. Per cui, anche in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2005, richiamata dall'attrice, l'esercizio dell'azione era precluso perché la stessa Corte di giustizia ammette l'applicazione della sentenza solo ai casi in cui siano state percorse tutte le possibili vie di ricorso. La ragione consiste nel fatto che, benché l'atto di impugnazione dell'atto amministrativo di liquidazione e l'azione di risarcimento per illecito comunitario siano indipendenti, l'esito di quest'ultima non può prescindere dalla prima.

Tale considerazione ha indotto il giudice a rigettare il ricorso, per mancata preventiva impugnazione degli atti amministrativi di applicazione della *Ley 30/92*.

Sentenza della Audiencia Nacional del 10 febbraio 2009.

Si tratta della prima sentenza, emessa da un tribunale spagnolo, di applicazione dell'illecito comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale. Nel caso di specie, la parte richiedeva un risarcimento del danno derivante dalla sentenza dettata (in grado di appello) dalla quarta sezione dell'ordine contenzioso-amministrativo dell'AN. Secondo le allegazioni attoree, il giudice era incorso in un errore manifesto e grave nell'interpretazione e applicazione del diritto comunitario, ovvero nell'applicazione del principio di proporzionalità nei casi di revoca di aiuti di Stato e, d'altro canto, aveva violato l'obbligo di proporre questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 TCE⁵⁷.

Il soggetto danneggiato non aveva promosso un ricorso per ottenere la previa dichiarazione di errore stabilita nell'art. 293 LOPJ, perché considerava che la propria pretesa non fosse circoscritta né alla fattispecie di funzionamento anormale della giustizia, né all'errore giudiziale. Viceversa, sosteneva che si trattasse di una responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante direttamente dall'art. 10 TCE. Il danneggiato sosteneva che la disciplina prevista nella LOPJ fosse contraria al diritto comunitario, sotto un duplice profilo: da un lato perché prevede un termine di tre mesi per l'esercizio dell'azione destinata a dichiarare l'esistenza di un errore giudiziario⁵⁸; in secondo luogo, perché la responsabilità per errori giudiziari in diritto spagnolo è limitata ai casi più gravi di applicazione e interpretazione del diritto, e pertanto risulta incompatibile con il principio di effettività. Secondo tale prospettazione, in mancanza di una via processuale prestabilita, l'organo amministrativo competente a pronunciarsi dovrebbe essere il CdM, in quanto organo amministrativo di grado più elevato dell'amministrazione statale, in cui è

⁵⁷ Per una riflessione circa la responsabilità per violazione del diritto comunitario applicato al tema degli aiuti di Stato in Spagna, v. A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del Derecho Comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado*, in *Noticias de la Unión Europea*, 148, 1997, (pp. 27 - 40). La questione sarà ripresa nell'ultimo capitolo.

⁵⁸ Al contempo, la parte propone l'applicazione del termine annuale, previsto con carattere generale per l'azione di responsabilità patrimoniale delle Amministrazioni Pubbliche, se non quello, quinquennale, stabilito, come noto, a proposito della responsabilità delle istituzioni comunitarie.

impersonificato il centro di imputazione della responsabilità per atti del potere legislativo, così come affermato dal TS e come si desume dalla *Ley 30/1992*.

Il giudice si è espresso direttamente circa la compatibilità della disciplina nazionale con il diritto comunitario, e, in particolare, con il principio di effettività. A proposito del termine trimestrale, decorrente “*a partir del día en que pudo ejercitarse la acción*”, la AN ha escluso l'incompatibilità con il diritto comunitario: infatti, si tratta di un termine relativo ad un'azione destinata ad accertare l'esistenza di un errore relativo ad un caso già giudicato, per cui il paragone con i termini per l'esercizio dell'azione non sembra corretto.

A proposito della presunta incompatibilità con il secondo presupposto enunciato dalla Corte di giustizia, il giudice nazionale esclude ogni contrasto con il concetto di *error judicial*. Infatti, tale concetto non è specificato da una disposizione legislativa, ma, viceversa, emerge da un orientamento del TS che, in qualsiasi momento e a seconda delle circostanze del caso, potrebbe allinearsi con la Corte di giustizia. E' infatti chiaro che la parte non è dispensata dal ricorrere alla via giudiziale prevista dall'ordinamento spagnolo fondandosi sulla mera supposizione che il TS rigetterà l'azione. Inoltre, l'orientamento restrittivo del TS non risulta contrario alla giurisprudenza comunitaria, che, nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, ha stabilito un aggravamento del secondo presupposto nel caso di illecito imputabile ad organo giurisdizionale⁵⁹.

⁵⁹ A tal proposito, rinviamo alla sezione presente nel capitolo II.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario in Spagna.

Prima di esaminare l'illecito comunitario in riferimento alle diverse funzioni dello Stato, cui la violazione può essere imputata, segnaliamo alcuni elementi introduttivi. In primo luogo anticipiamo che, anche se l'illecito comunitario imputabile alla P.A. è quello che pone minori questioni, appare di estrema rilevanza, non solo perché si tratta del caso più frequente nella pratica, ma anche perché, in linea generale, trova applicazione anche quando la violazione del diritto comunitario sia imputabile ad altri poteri dello Stato⁶⁰. Per questa ragione, è opportuno iniziare trattando della responsabilità per violazione imputabile alla P.A., per poi dedicarci all'illecito comunitario riferito allo Stato nelle sue altre funzioni e articolazioni politico-territoriali, in modo da evidenziarne i tratti caratterizzanti e le questioni giuridiche più rilevanti.

Nel corso della trattazione, cercheremo di mettere in luce i profili di criticità che interessano la responsabilità del legislatore, che in Spagna presenta tratti particolarmente originali rispetto alle altre esperienze europee. Infatti, la presenza di una consolidata giurisprudenza relativa alla responsabilità derivante da incostituzionalità di una legge solleva importanti quesiti circa la sua omogeneità ed equivalenza rispetto all'illecito comunitario⁶¹. Tale questione, che in tempi recentissimi è stata oggetto di specifico rinvio, da parte del TS, al giudice comunitario, è fondamentale, perché, se si optasse per l'equivalenza delle due figure, in caso di illecito comunitario

⁶⁰ Ci riferiamo alla già citata *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Modificata dalla Ley 4/1999, de 13 de enero. A proposito della natura, civile o amministrativa, della responsabilità delle P.A., è in corso un acceso dibattito. A tal proposito, v. J.A. DÍAZ CABIALE, *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, Comares, Granada, 2009, pag. 155 e ss. Per una trattazione, in termini generali, della responsabilità della P.A., v. M. MARTÍN REBOLLO, *Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas*, in J.A. MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, (pp. 539 - 570).

⁶¹ Come noto, i giudici hanno costruito tale fattispecie fondando la responsabilità del legislatore anche in termini patrimoniali sull'art. 9.3 della Costituzione Spagnola.

dovrebbe essere applicata la disciplina nazionale, qualora questa risultasse più favorevole rispetto a quella comunitaria.

Circa l'ipotesi di illecito comunitario imputabile agli organi giurisdizionali, nel corso della trattazione vedremo che il paradigma comunitario si integra in relativa armonia con la disciplina nazionale, il cui cardine legislativo è costituito dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio*. Tuttavia, vedremo anche che la complessa disciplina processuale rischia di ostacolare seriamente l'effettiva applicazione dell'illecito comunitario per fatto imputabile ad un organo giurisdizionale, nonostante sotto il profilo sostanziale non vi siano particolari elementi di frizione fra i due paradigmi.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile all'amministrazione.

Come noto, nel momento in cui una P.A. viola il diritto comunitario, e da tale infrazione deriva un danno valutabile economicamente, questa sarà chiamata a risarcire il soggetto danneggiato, tanto che il suo comportamento sia stato attivo (emanazione di atti amministrativi), quanto che sia stato omissivo (caso di inattività a fronte di un obbligo di agire proveniente dal diritto comunitario). Analogamente alle altre esperienze considerate, la violazione del diritto comunitario imputabile all'amministrazione può derivare, in primo luogo, da regolamenti o atti amministrativi⁶².

Così come stabilisce l'art. 139 LRJPAC commi 1 e 2, il diritto al risarcimento è condizionato al fatto che il cittadino abbia sofferto nella propria sfera patrimoniale un danno che non sia conseguenza di un atto di forza maggiore; inoltre, è necessario che il danno sia effettivo, suscettibile di valutazione economica, riferibile a un soggetto o a un gruppo di soggetti, e che risulti come una conseguenza del funzionamento normale

⁶² A tal proposito, richiamiamo, oltre ai casi precedentemente ricordati, la sentenza dell'AN, Secc. 4º, de 26 de enero de 2000, relativa all'estensione del *Fondo de Garantía Salarial*. Cfr. GAYO LAFUENTE, *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento cit.*, pag. 1173.

o anormale dei servizi pubblici⁶³. Per una disamina approfondita dei principali aspetti di diritto sia sostanziale sia processuale, rinviando alla specifica sezione presente in questo capitolo; tuttavia, anticipiamo che, così come si desume da questo breve riferimento, il regime spagnolo di responsabilità dei pubblici poteri risponde ad un modello apertamente oggettivistico. Ciò significa che il diritto al risarcimento del danno non deriva dall'attuazione illecita dell'agente o, meglio, dal margine di scusabilità dell'azione amministrativa; al contrario, il risarcimento è, quanto meno di principio, del tutto indipendente rispetto alla colpa o negligenza caratterizzante la condotta dell'amministrazione. Il sistema di responsabilità spagnolo richiede, esclusivamente, l'oggettiva sussistenza di un'ingiustizia, costituita dall'esistenza di un danno che, secondo i termini di legge, il cittadino non aveva il dovere di sopportare⁶⁴. Questo aspetto, che sarà ampiamente approfondito nella sezione dedicata all'elemento soggettivo, caratterizza il modello spagnolo e contribuisce a renderlo particolarmente prossimo al paradigma comunitario⁶⁵.

In generale, è possibile affermare che, dal punto di vista del diritto sostanziale, l'ordinamento spagnolo si presenta come particolarmente affine al diritto comunitario relativo alla responsabilità patrimoniale e, di conseguenza, del tutto idoneo ad integrare la disciplina elaborata dalla Corte di giustizia. Come vedremo, tuttavia, sono presenti diversi elementi di diritto processuale che inducono a mutare avviso circa questa presunta armonia. Ci riferiamo, in particolare, a due aspetti caratterizzanti il diritto spagnolo che, nel corso del tempo, sono stati da più parti considerati come elementi di relativo ostacolo, se non di vera e propria incompatibilità, rispetto al principio di effettività del diritto comunitario. Ci riferiamo, in primo luogo, ad un elemento essenziale della disciplina processualistica spagnola, ovvero alla necessità, ai fini di agire giudizialmente contro

⁶³ Cit. da JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario cit.*, pag. 350.

⁶⁴ Art. 141.1 Legge 30/1992.

⁶⁵ L'ordinamento spagnolo appare a tratti più favorevole rispetto al paradigma comunitario. Si pensi al fatto che, contrariamente al secondo presupposto elaborato dalla Corte di giustizia, il regime oggettivo di responsabilità pubblica impone, tendenzialmente, che la contrarietà con il diritto comunitario conduca, di per sé, al risarcimento del danno, con totale irrilevanza della complessità o del margine di discrezionalità o dell'imprecisione dell'obbligazione inadempita.

l'autore della violazione, di esperire un preventivo ricorso amministrativo nei confronti dello stesso soggetto pubblico. La questione non è mai stata direttamente affrontata dalla Corte di giustizia la quale, anche per ragioni di ordine politico, preferisce delegare alle corti nazionali il giudizio circa la compatibilità con il diritto comunitario di discipline nazionali che prevedano il necessario ricorso amministrativo preventivo. Tuttavia, gli Avvocati generali si sono espressi in termini piuttosto espliciti, ponendo, talvolta, in serio dubbio, la compatibilità di una normativa di tale tenore rispetto ai principi di effettività e di non discriminazione, anche in considerazione del fatto che un siffatto regime, previsto solo in alcuni ordinamenti nazionali, può comportare una grave disparità di trattamento fra i cittadini europei, a fronte della lesione delle medesime posizioni giuridiche⁶⁶.

In secondo luogo, come vedremo nel corso della trattazione, diversi autori hanno sottolineato che il termine annuale per l'esercizio dell'azione di responsabilità è decisamente inferiore rispetto agli analoghi termini previsti in altri ordinamenti europei. Per questa ragione, come vedremo, la dottrina ha consigliato una riforma di tale disciplina, in modo da allineare l'ordinamento spagnolo rispetto al resto dell'Europa; tuttavia, ad oggi, tale suggerimento non ha sortito alcun concreto effetto, anche perché, come sappiamo, la Corte di giustizia ha affermato che un termine annuale per l'esercizio dell'azione non risulta incompatibile con il diritto comunitario⁶⁷.

Su un piano del tutto diverso, dobbiamo infine sottolineare il fatto che l'esistenza di una consolidata giurisprudenza circa la responsabilità del legislatore pone non pochi problemi nei casi di atti amministrativi applicativi di legislazione anticomunitaria. Casi di questo genere sono molto frequenti e possono coinvolgere, tra l'altro, diversi livelli di governo, in considerazione delle ampie competenze esecutive proprie di enti pubblici autonomici e locali. In casi di questo genere, i giudici nazionali hanno dimostrato non poche incertezze circa la necessità, o meno, da parte dei soggetti danneggiati, di impugnare l'atto amministrativo, ai fini

⁶⁶ A tal proposito, v. Concl. Avv. Gen. Y. Bot, presentate il 24 aprile 2007, alla causa C-2/06, Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

⁶⁷ Del tema ci siamo specificamente occupati nel capitolo III.

del successivo riconoscimento di una riparazione in termini patrimoniali⁶⁸. Come vedremo nel corso della trattazione, la questione riguarda l'analogia, o meno, dell'illecito comunitario rispetto all'illecito costituzionale. Nel caso che si opti per la prima soluzione, al soggetto danneggiato spetta il risarcimento anche se non ha preventivamente impugnato l'atto amministrativo anticomunitario; nel caso opposto, invece, la mancata impugnazione di tale atto, precluderà qualsiasi forma di risarcimento, in applicazione della teoria dell' "*acto firme*", cui faremo riferimento nel corso della trattazione.

La responsabilità dello Stato legislatore.

Il tema dell'illecito comunitario imputabile ad attività normativa in Spagna è particolarmente interessante perché si tratta di uno dei pochi ordinamenti in cui la responsabilità del legislatore, pur in mancanza di un'organica disciplina legislativa, è stata più volte applicata dai giudici e unanimemente approvata dalla dottrina. Per questo motivo, l'applicazione della dottrina Francovich in Spagna ha incontrato minori ostacoli rispetto agli altri ordinamenti considerati. Come anticipato, l'elemento fondamentale consiste nel raffronto fra la responsabilità del legislatore, a seconda che la posizione giuridica violata dalla sua condotta sia fondata sul diritto nazionale o sul diritto comunitario. In questo modo, sarà possibile riflettere sulla compatibilità dei due regimi e sulle conseguenze dell'applicazione del paradigma comunitario in diritto interno. In altri termini, è necessario interrogarsi sull'evoluzione del regime di responsabilità del legislatore nel suo complesso, nonché sulla configurabilità di due discipline parallele, corrispondenti alla natura dei diritti che queste intendono tutelare. Questa analisi è necessaria perché, in forza del principio di equivalenza imposto dalla Corte di giustizia, le corti nazionali devono applicare l'equivalente disciplina nazionale, nel caso in

⁶⁸ La questione rileva sia in termini di imputabilità sia in termini di interruzione del nesso causale. Per un approfondimento di tali temi, rinviamo alle specifiche sezioni.

cui questa sia più favorevole del diritto comunitario. Pertanto, bisogna in primo luogo interrogarsi circa l'equivalenza, o meno, dell'illecito comunitario rispetto all'illecito costituzionale, per poi, eventualmente, applicare al primo la disciplina relativa al secondo (nel caso in cui risulti più favorevole al cittadino). Prima di svolgere tale approfondimento, è necessario introdurre alcuni concetti basilari per la comprensione dell'istituto, per poi approfondirne il regime giuridico.

In Spagna, l'ipotesi di responsabilità dello Stato legislatore non trova una regolamentazione chiara ed unitaria. Nella Costituzione spagnola non è presente alcuna allusione alla responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore, e a tal proposito la stessa dottrina segnala che gli interventi del legislatore ordinario sono stati rari, parziali e non risolutivi. L'unica disposizione della Costituzione che sembra implicitamente riconoscere una responsabilità del legislatore consiste nell'art. 9.3; ciò detto, la dottrina ha lungamente discusso sulla natura della responsabilità in questione e la tesi a favore della possibilità che vi sia diritto al risarcimento anche nel caso in cui il danno derivi dalla condotta del legislatore è stata avversata da alcune delle voci più autorevoli della dottrina pubblicistica spagnola⁶⁹.

Circa il formante legale, l'unico riferimento a tale ipotesi è presente nell'art. 139.3 della LRJAP-PAC, secondo cui: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en*

⁶⁹ A proposito del contenuto degli artt. 93 e 106.2 della Costituzione Spagnola, Eduardo García de Enterría negli ultimi anni ha espresso una posizione particolarmente netta: *“el principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador (ello no se compadece con el hecho de su fácil y apenas notada introducción en su texto), sino que es una alusión inequívoca (...) al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no le es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejerciente de un poder de otro deben “dar cuenta” a este de su gestión y responder de la objetividad de la misma”*. L'autore, in controtendenza con la dottrina maggioritaria, afferma che la responsabilità di cui all'art. 93 Const.Esp. è quella generale dei titolari di qualsiasi incarico pubblico e si può manifestare in molteplici forme, come responsabilità politica, penale, contabile, civile (ma solo a proposito dei danni causati personalmente dai titolari degli incarichi) e morale, ma che non è possibile trovare nella Costituzione un qualsiasi riferimento su cui fondare la responsabilità dello Stato legislatore. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Revista española de derecho constitucional*, 67, n°23-2003, (pp. 15 – 48) pag. 26. V. anche A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 170 – 240.

*los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*⁷⁰. Tuttavia, secondo un'opinione ampiamente condivisa, tale disposizione è redatta in modo equivoco, poggia su principi giuridici discutibili e presenta profili di dubbia costituzionalità⁷¹; per cui, la giurisprudenza è costante nell'affermare che la mancata clausola di responsabilità all'interno di una legge non impedisce di agire con successo per ottenere il ristoro di eventuali danni⁷².

Per cui, in mancanza di una disciplina legislativa relativa alla responsabilità derivante da atto normativo contrario al diritto comunitario, si applica il regime relativo alle conseguenze, in termini patrimoniali, della dichiarazione di incostituzionalità di una legge, in ragione di quanto disposto negli artt. 93 e 96.1 Cost. esp., ed in applicazione del principio di

⁷⁰ Ciò significa che, in evidente conflitto con quanto stabilito dalla Corte di giustizia, la possibilità di risarcire i soggetti danneggiati dipende dalla volontà del legislatore stesso. Peraltro, la legittimità costituzionale di tale articolo è stata oggetto di intenso dibattito.

⁷¹ Questa tesi è ben sintetizzata in F. GARRIDO FALLA, *La Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre*, in *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 77, 1993, (pp. 125 – 132). L'autore (a pag. 128 – 129) a tal proposito afferma: “*La Ley debería haber admitido al menos, redactada en forma positiva: a) el derecho a indemnización por los daños causados por los actos de aplicación de una ley que luego sea declarada inconstitucional (equivalente al mal funcionamiento del servicio o, si se prefiere, a la indemnización por ilegalidad del acto administrativo); y b) asimismo el derecho a indemnización por aplicación de leyes cuyos efectos dañinos rompan el principio de igualdad de cargas ante la Ley (por ejemplo, si por consecuencia de directivas comunitarias europeas se ordena por ley que se arranquen una parte de los viñedos españoles). Claro que el legislador tuvo otra opción que no aprovechó: callarse y dejar el tema del Estado-legislador en manos del Tribunal Constitucional*”.

⁷² Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Responsabilidad del estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992*, in *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 104, 1999, (pp. 633 – 641), pag. 638.

integrazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri⁷³.

La possibilità che esista una forma di responsabilità patrimoniale derivante dall'attività normativa è stata costruita dalla giurisprudenza del TS a partire dal 1990, cui si sono aggiunte alcune importanti pronunce e dichiarazioni del TC⁷⁴. L'esame di tali sentenze ha condotto a distinguere fra diverse ipotesi di responsabilità del legislatore. A tal proposito, si è operata una distinzione fra le conseguenze in termini patrimoniali dell'applicazione di leggi successivamente dichiarate incostituzionali e, d'altra parte, di leggi compatibili con la Costituzione, ma di natura espropriatoria o implicanti uno speciale sacrificio in capo a un singolo o ad un gruppo di cittadini⁷⁵.

⁷³ A tal proposito, la dottrina segnala che l'art. 93 della Costituzione è stato approvato negli anni '70, in cui il processo di integrazione aveva un contenuto pressoché esclusivamente economico, per cui, attualmente, sembra non offrire sufficienti garanzie in riferimento alla partecipazione ad uno spazio europeo dal contenuto sempre più politico e ad una struttura sovranazionale le cui competenze abbracciano sempre più elementi relativi alla sovranità. A tal proposito, v., fra gli altri, P. PÉREZ TREMP, *Constitución española y Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, in Año 24, Núm. 71, Mayo-Agosto 2004, (pp. 103 – 121), pag. 121. Gli autori lamentano la mancanza, nella Costituzione, di un richiamo formale all'Unione Europea, il che costituisce un elemento di eterogeneità rispetto alla grande maggioranza delle Costituzioni degli altri Stati membri. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, par. 6.3. Tale mancanza di esplicito riferimento allo spazio giuridico europeo potrebbe, in prospettiva, essere in conflitto con le trasformazioni, sotto l'impulso del diritto europeo, delle strutture costituzionali dello Stato. A tal proposito, negli anni passati è stata annunciata una riforma da parte del Presidente Zapatero, tesa a colmare la lacuna costituzionale circa la partecipazione dello Stato spagnolo al processo di integrazione europea, ma per ora tale annuncio non ha avuto seguito. V. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 2, de 15 de abril de 2004*, pag. 18 e ss.. A proposito della presunta incompatibilità della Costituzione spagnola con gli artt. I-6, II-111 e II-112 del Trattato di Roma del 24 ottobre 2004, si è espresso il TC, affermando che “no existe contradicción”. *Declaración 1/2004, de 13 de diciembre*. A tal proposito, v. F. BALAGUER CALLEJÓN, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2, 2004, (pp. 61 – 80), pag. 69.

⁷⁴ Alle posizioni espresse dal TS a proposito della responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore è dedicato un passaggio in F. GARRIDO FALLA, *La Responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno*, in J.M. BAÑO LEON e J. CLIMENT BARBERÁ, *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, (pp. 137 - 154).

⁷⁵ A proposito della prima ipotesi, il TS ha affermato che “en los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar”. *Cit. da STS, 11 ottobre 1991* (orientamento confermato in *STS, 29 febbraio 2000*). A proposito della seconda ipotesi, lo stesso giudice ha affermato (nella stessa sentenza, 11 ottobre 1991) che “se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; en el segundo (derivada la inconstitucionalidad de la Ley), se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo”. A proposito

Tale classificazione ha orientato anche l'opera della dottrina, che si è divisa fra coloro che hanno sostenuto che il risarcimento sia dovuto solo in caso di attività normativa espropriatoria⁷⁶ e chi ha sostenuto che, in assenza di espressa previsione costituzionale, sia dovuto un indennizzo solo nel caso in cui il legislatore lo preveda⁷⁷.

In Spagna, dunque, sono ravvisabili due fondamentali tipi di responsabilità del legislatore. In primo luogo, vi sono le ipotesi derivanti dall'applicazione di leggi incostituzionali. In secondo luogo, vi è la c.d. responsabilità per leggi costituzionali, in cui il risarcimento si fonda sulla violazione di principi quali la buona fede, il legittimo affidamento e il sacrificio anormale non dovuto ad espropriazione assimilabile al diritto di proprietà.

A proposito della prima ipotesi, il TS non ha subordinato il risarcimento ad alcuna prova relativa all'elemento soggettivo, fatta salva la possibilità, per il TC, di limitare o modificare tale principio nelle rispettive dichiarazioni di

della terza ipotesi, nella STC 99/1987 dell'11 giugno, relativa agli effetti in termini patrimoniali della riforma che riduceva l'età pensionabile di alcuni pubblici dipendenti dai 70 ai 65 anni, il giudice afferma che *"junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido expropiatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando merezcan algún género de compensación de los perjuicios económicos – graves y ciertos – que irroque al particular una ley constitucional y no expropiatoria"*. Cit. da STS, 11 ottobre 1991.

⁷⁶ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Estudios de Derecho Público Económico*, 159, 2002, (pp. 173-208), pag. 177 e ss. Tale tesi si fonda sul fatto che il principio del legittimo affidamento, proveniente dalla tradizione giuridica tedesca, e riconosciuto negli artt. 20.3 e 28 del *Grundgesetz*, non è previsto dalla Costituzione spagnola. Infatti, la *"confianza legítima"*, pur rivelando una certa affinità di contenuto con il principio di certezza del diritto di cui all'art. 9.3 della *Const. esp.*, di certo non si risolve in questo, per cui non può essere addotta ai fini dell'accoglimento di una pretesa risarcitoria.

⁷⁷ Cfr. J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983, pag. 98. L'autore, che ha dedicato gran parte della sua opera al tema della responsabilità del legislatore, ripercorre la giurisprudenza del TS in E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional*, in F.J. SOSPEDRA NAVAS, *Seguridad Jurídica, Legitimación y Cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 145 – 214). L'autore afferma che nessuna delle ragioni addotte per giustificare una qualche forma di responsabilità del legislatore può giustificare l'attribuzione ai Tribunali del Contenzioso amministrativo di una giurisdizione a proposito dei comportamenti del legislatore, giurisdizione che solo potrebbe essere attribuita al TC. Un approfondimento della procedura per esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato legislatore in conseguenza di leggi incostituzionali, v. A. BÁEZ MORENO, L. LAMARQUE, *La deficiente articulación de los efectos de la STC 276/2000, de 16 de noviembre, y la vía procedimental idónea para la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de leyes inconstitucionales*, in *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentario, casos prácticos*, 267, 2005, (pp. 51 – 70).

incostituzionalità. Il TS negli ultimi decenni si è pronunciato diverse volte sul punto e non di rado ha accordato un risarcimento per danni derivanti dall'applicazione di leggi successivamente dichiarate incostituzionali⁷⁸.

A proposito della seconda ipotesi, il suo fondamento è costituito dai principi generali del diritto quali la buona fede e il legittimo affidamento, la cui violazione è oggetto di valutazione del giudice, secondo le circostanze di ogni caso⁷⁹. Si tratterà, evidentemente, di un giudizio particolarmente restrittivo, volto ad evitare che ogni soggetto pregiudicato da un intervento legislativo richieda un risarcimento; infatti, è evidente che il valore di una tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei cittadini sia in equilibrio con altri interessi, quali la libertà della funzione legislativa, colpita duramente da un principio di questo genere⁸⁰.

Dall'abbondante giurisprudenza disponibile in materia emergono alcuni elementi attinenti al regime giuridico di tale fattispecie. In primo luogo, i giudici hanno stabilito che il risarcimento è dovuto nel caso in cui il danno interessi diritti, e non mere aspettative; inoltre, è necessario che la norma

⁷⁸ Sentenze del TS, 22 febbraio 2000, Ar. 2329; 29 febbraio 2000, Ar. 2730; 13 giugno 2000, Ar. 5939; 15 luglio 2000, Ar. 7423.

⁷⁹ Il criterio della violazione del legittimo affidamento è molto discusso dalla dottrina spagnola. Infatti, tale principio proviene dalla disciplina comunitaria relativa alla responsabilità della comunità nei confronti dei cittadini, che prevede anche il requisito della violazione sufficientemente caratterizzata di una regola di diritto, concetto che non trova corrispondenze nel diritto spagnolo. È quindi logico che i tribunali spagnoli abbiano applicato tale criterio con particolare cautela. A tal proposito, v., ad es., STS, 13 febbraio 1997, relativa alla soppressione dell'attività professionale degli agenti doganali, come conseguenza dell'adesione alla Comunità europea. Fra le maggiori voci critiche, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador cit.*; l'opinione opposta è espressa in G. ARIÑO ORTIZ e F. VELASCO CABALLERO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del sector eléctrico*, in A. CALONGE VELÁZQUEZ e J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (pp. 87 - 134), pag. 103.

⁸⁰ Infatti, la costruzione di un regime di responsabilità del Legislatore in caso di leggi valide, compatibili con la Costituzione e di contenuto non espropriatorio comporta, in nome di un criterio improntato alla giustizia sostanziale, un'evidente alterazione della competenza legislativa e, in definitiva, del processo democratico. Cfr. J.F. MESTRE DELGADO, *La responsabilidad del Estado Legislador*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, (pp. 97 – 179), pag. 179. Inoltre, il rischio consiste nell'ingolfamento dei tribunali e in un possibile eccessivo pregiudizio per le casse dello Stato. Talvolta, il TS ha accordato il risarcimento in presenza di un atto amministrativo che prima dell'approvazione della legge avesse ingenerato un'aspettativa. In altri casi, la violazione del legittimo affidamento era attribuibile esclusivamente al legislatore.

abbia implicato una privazione o abbattimento o ablazione del diritto, mentre non è sufficiente che ne sia derivata una semplice limitazione, nel tempo o nell'estensione⁸¹. Nell'elaborazione di tale figura, la giurisprudenza ha dichiarato applicabili, una volta avverati i presupposti appena elencati, i requisiti comuni della responsabilità patrimoniale delle Amministrazioni Pubbliche, relativi sia agli elementi di diritto sostanziale, sia alle procedure⁸². Riservandoci di tornare in seguito su tali elementi, segnaliamo fin d'ora che l'illecito del legislatore che dà luogo al risarcimento non è subordinato ad alcuna prova relativa all'elemento soggettivo; in altri termini, trova applicazione il regime di responsabilità

⁸¹ Si tratta di orientamenti piuttosto risalenti del *Tribunal Constitucional*, antecedenti sia rispetto all'approvazione della LPC, sia rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il giudice ha stabilito che non è ammesso risarcimento nei casi in cui il legislatore abbia modificato la configurazione di determinati diritti nelle sentenze TC 108/1986, del 29 luglio; 99/1987, dell'11 luglio; 70/1988, del 19 aprile e 149/1991, del 4 luglio. Aveva invece ammesso il risarcimento nel caso di vera e propria espropriazione nella sentenza 227/1988. A seguito di alcune sentenze della Corte di giustizia (1 febbraio 1978 e 25 maggio 1978), il TC è giunto talvolta a riconoscere la possibilità di risarcire il danno occorso a mere aspettative. V. anche STC 70/1988, del 19 aprile. Nella categoria dei poteri ablatori reali in capo all'amministrazione rientrano le espropriazioni, le occupazioni, le requisizioni, le confische ed i sequestri.

⁸² A tal proposito è esemplificativa la sentenza del *TS de 20 de septiembre de 1996*, che nel *F.J. 10* afferma: "*la sentencia del pleno de la Sala de 30 de noviembre de 1992, constituye un hito importante en la configuración de una jurisprudencia que obliga a distinguir entre la responsabilidad por actos de la Administración, que es objeto de un tratamiento concreto en el artículo 106.2 CE, y por actos de la Administración de justicia, que lo es en el artículo 121 CE, por un lado, y las normas legales o los actos de aplicación de normas de rango legal que no tienen un tratamiento específico en el texto constitucional. Conforme al criterio sentado por la citada sentencia de 30 de noviembre de 1992, reiterado por otras muchas (por todas, las de 15, 18, 20 y 22 de enero de 1993) y matizado por las más recientes de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 1 de marzo de 1996, la invocación del artículo 9 de la Constitución para intentar derivar de dicho precepto la responsabilidad del Estado por los actos del Poder Legislativo resulta insuficiente, pues ni el principio de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (apartado primero), ni la garantía de su responsabilidad (apartado tercero) determinan la directa exigencia de una responsabilidad al Estado legislador sin un previo desarrollo por norma con rango de Ley, como los artículos 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y con las actuaciones del Poder Judicial, ya existente entonces para aquel, art. 40 LRJAE, y efectuado para éstas por medio de los artículos 292 a 297 LOPJ. El señalado desarrollo legislativo, en relación con la responsabilidad del "Estado legislador" ha tenido lugar, en cierta forma, en virtud del artículo 139. 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que por razón de la fecha de su entrada en vigor no era aplicable al supuesto enjuiciado e, incluso, aunque lo fuera, tampoco daría lugar por sí mismo a la concesión de la indemnización postulada con base en el artículo 9 CE, ya que sólo prevé la declaración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos no expropriatorios de derechos y que los particulares no tengan la obligación de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que ellos especifiquen". Cfr. MESTRE DELGADO, *La responsabilidad del Estado Legislador cit.*, pp. 128 – 130.*

della P.A. che, come noto, richiede come elemento necessario solo la prova della sussistenza del danno derivante dall'applicazione della legge⁸³. Circa l'ipotesi di illecito per incostituzionalità, i giudici hanno risarcito sia il danno emergente, sia il lucro cessante, considerando che fosse condizione necessaria e sufficiente (in applicazione del regime di diritto comune) la sussistenza di un danno reale ed effettivo che il cittadino non aveva il dovere di sopportare. Nei casi, invece, di responsabilità del legislatore per attività compatibile con la Costituzione, il più delle volte è stato risarcito solo il danno emergente, e solo in alcuni casi è stato risarcito, ma solo parzialmente, anche il lucro cessante.

Circa alcuni aspetti di carattere processuale, segnaliamo fin d'ora che sono competenti i Tribunali del contenzioso amministrativo, e che l'azione giurisdizionale dovrà necessariamente essere preceduta da un previo ricorso amministrativo davanti al CdM o al *Consejo de Gobierno*, a seconda che la competenza legislativa sia attribuita allo Stato centrale o ad una *Comunidad Autónoma*. Il termine per interporre il ricorso sarà di un anno, che in caso di leggi incostituzionali si computa a partire dalla pubblicazione della sentenza nel *Boletín Oficial del Estado*.

Questo approfondimento è stato svolto in modo da poter esprimere un giudizio sulla somiglianza o meno fra responsabilità del legislatore per illecito costituzionale e responsabilità per violazione del diritto comunitario. A tal proposito, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sono divergenti. In tempi recenti, il TS ha avuto modo di pronunciarsi

⁸³ In questo caso, la giurisprudenza, che, come vedremo, in altre circostanze ha applicato criteri che approssimano notevolmente la disciplina spagnola a regimi fondati sull'elemento soggettivo, ha applicato rigorosamente la disciplina oggettivistica, senza applicare particolari criteri correttivi. Tra l'altro, sembra molto favorevole anche la disciplina relativa al nesso causale, perché è possibile promuovere l'azione per ottenere il risarcimento anche una volta scaduto il termine per agire in via amministrativa o contenzioso-amministrativa. A tal proposito, secondo costante giurisprudenza, l'azione di responsabilità nei confronti del legislatore può essere esercitata anche se non è stata esercitata alcuna azione per annullare l'eventuale atto amministrativo di applicazione della legge incostituzionale. Tale questione è al centro di una controversia che ha indotto il TS a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che ad oggi non ha ancora dato risposta. Infatti, nel caso di atti amministrativi confermati giudizialmente, l'unica via percorribile per ottenere il risarcimento è la responsabilità dello Stato legislatore, tramite reclamo indirizzato al Consiglio dei Ministri (art. 142.2 LRJPAC) nel termine di un anno a partire dalla pubblicazione della sentenza nel *Boletín Oficial del Estado*. Invece, se si tratta di atti amministrativi non confermati giudizialmente, il soggetto può decidere se esercitare l'azione di responsabilità davanti al CdM o agire per ottenere la revisione dell'atto amministrativo davanti al Ministero corrispondente in qualsiasi momento.

negativamente su questa presunta analogia. Le ragioni risiedono nel fatto che soggetto danneggiato e giudice si trovano di fronte a fonti del diritto di natura diversa. Secondo tale posizione, la differenza consisterebbe nel fatto che il soggetto che si presume danneggiato a seguito dell'applicazione di una legge poi dichiarata incostituzionale, si troverebbe in una posizione di estrema debolezza, perché la legge è coperta da una presunzione di legittimità costituzionale e, d'altra parte, il soggetto non è titolare dell'azione per far valere l'incostituzionalità della legge⁸⁴. La situazione sarebbe, invece, diversa nel caso di violazione del diritto comunitario, perché il soggetto che ravvisa una violazione del diritto comunitario può chiedere al giudice amministrativo la disapplicazione della legge che si presume in contrasto con il diritto comunitario, e il giudice può, ammesso che non sia di ultimo grado, esprimersi autonomamente sul punto⁸⁵. Il TS, coerentemente, ha anche affermato che i doveri del soggetto danneggiato dall'atto amministrativo varieranno a seconda che la legge applicata sia contraria alla Costituzione o al diritto comunitario. Nel primo caso, il TS non pretende che questi promuova un ricorso fondato sull'incostituzionalità della legge; nel caso in cui, invece, la legge sia contraria al diritto comunitario, il giudice, in applicazione di un criterio di certezza del diritto nonché della dottrina del "*acto firme*", stabilisce che il soggetto che non abbia impugnato l'atto non possa, in un secondo tempo, richiedere il risarcimento del danno subito⁸⁶.

⁸⁴ Infatti, solo i giudici, d'ufficio o ad istanza di parte, possono sollevare questione di costituzionalità della legge, nel momento in cui questa sia rilevante per la causa che sono chiamati a giudicare.

⁸⁵ Come sappiamo, ai sensi dell'art. 234 TCE, quando una questione relativa all'interpretazione del Trattato CE è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia. Gli altri giudici, invece, dovranno proporre quesito pregiudiziale al giudice comunitario solo qualora lo reputino necessario.

⁸⁶ Secondo tale teoria, l'esistenza di un atto non impugnato ostacola l'applicazione retroattiva anche della dichiarazione di incostituzionalità di una legge ai sensi dell'art. 40.1 della *Ley Orgánica* del TC; tuttavia, il TS sostiene che l'eventuale dichiarazione di responsabilità nulla ha a che vedere con l'atto in questione. *STS de 29 de febrero de 2000*. Il caso riguarda l'incompatibilità della legislazione tributaria spagnola con il diritto comunitario. A tal proposito, v. J.R. RODRÍGUEZ CARBAJO, *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE. (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)*, in *Diario La Ley*, 6936, 30 Abr. 2008, (pp. 1 – 12); v. anche J.A. XIOL RÍOS, *La responsabilidad patrimonial por acto legislativo*, in J.A. MORENO MARTÍNEZ, *La*

Tale impostazione, espressa in tempi recenti dal TS, è stata però confutata dalla dottrina che ha segnalato come diversi elementi inducano ad optare per l'analogia delle due figure⁸⁷. Infatti, un primo elemento è che l'azione giurisdizionale in diritto spagnolo deve comunque sempre iniziare con un ricorso davanti all'Amministrazione che ha emesso l'atto. Il problema consiste nel fatto che il soggetto può lamentare davanti all'Amministrazione l'anticomunitarietà dell'atto, ma l'amministrazione non ha strumenti di raccordo con la Corte di giustizia, per cui, il controllo di compatibilità con il diritto comunitario sarà devoluto al giudice. Quest'ultimo, però, non è del tutto autonomo nel giudizio sulla compatibilità dell'atto con il diritto comunitario, non solo poiché i giudici di ultimo grado sono obbligati a proporre domanda pregiudiziale, ma anche perché, per quanto riguarda le giurisdizioni inferiori, non c'è differenza fra giudizio di costituzionalità e giudizio di compatibilità con il diritto comunitario. Infatti, in entrambi i casi, il rigetto della domanda dell'attore può costituire una violazione della tutela giudiziale effettiva, nel caso in cui non siano rispettati i principi di motivazione e congruenza⁸⁸. Altro elemento di analogia fra le due figure attiene agli effetti delle relative pronunce di incompatibilità: in entrambi i casi, salva diversa indicazione del TC, la pronuncia ha effetti *ex tunc*, ovvero proietta i suoi effetti al momento in cui la legge è stata approvata, con la conseguente invalidità degli eventuali atti applicativi della norma⁸⁹. Questo è vero anche se le

responsabilidad civil y su problemática actual, Dykinson, Madrid, 2008, (pp. 1032 – 1073), pag. 1048.

⁸⁷ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilitat patrimonial de l'Estat-legislador, en especial en els casos d'infracció del Dret comunitari: a propòsit de la interlocutòria del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 2008 i la qüestió prejudicial plantejada al TJCE (C-118/08)*, in *Quaderns de dret local*, 19, feb. 2009, (pp. 169 – 180), pp. 179 - 180.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, pag. 177. V. anche D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Derecho, Administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 27, julio-sept. 2008, (pp. 235 – 279).

⁸⁹ Infatti, il TC può limitare gli effetti delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale di una norma. Ciò detto, è molto raro che questo avvenga, e a tal proposito il TS ha affermato che “cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación del las Leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la Jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad”. Cit. da STS, 14 giugno 2004, F.J. 4 (RJ

rispettive pronunce hanno, in termini generali, effetti molto diversi, perché la dichiarazione di incostituzionalità implica la radicale nullità della norma, e pertanto equivale ad un'abrogazione; nel caso della dichiarazione di incompatibilità con il diritto comunitario, si tratta di una decisione che non necessariamente implica un intervento della Corte di giustizia e in ogni caso non implica una sostanziale abrogazione della norma stessa, che continuerà ad essere diritto vigente⁹⁰.

La questione è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del TS circa la conformità, con i principi di effettività ed equivalenza, di un ordinamento nazionale che, ripetiamo ancora una volta, subordina la responsabilità dell'Amministrazione per violazione del diritto comunitario all'impugnazione degli atti amministrativi corrispondenti, mentre adotta la soluzione opposta nel caso in cui la legge applicata sia, in un secondo tempo, dichiarata incostituzionale⁹¹. Ad oggi, il giudice comunitario non ha ancora dato risposta a tale quesito, mentre l'Avvocato Generale si è pronunciato nel senso dell'incompatibilità di tale orientamento del giudice nazionale con il principio di equivalenza⁹². Infatti, l'Avv. Gen. considera che si tratti di figure ontologicamente analoghe e che pertanto sia possibile applicare il principio secondo cui gli strumenti di tutela presenti in diritto interno non debbano essere più favorevoli.

2004, 5718). Cfr. Sentenze CGCE 31 marzo 1992, *Dans Denkavit APS c. Skatteministeriet*, C-200/90; 11 agosto 1995, *Rodgers B.V. c. Inspecteur der Invoerrechten en accijnzens*, C-367/93 a 377/93.

⁹⁰ Si tratta, infatti, di un controllo diffuso di compatibilità comunitaria, in cui ogni giudice è competente a tale riguardo, e con la conseguenza che tale decisione avrà effetto solo tra le parti, fatte salve le conseguenze della vincolatività dei precedenti dettati dalle corti superiori, secondo le specifiche regole stabilite in seno ai diversi ordinamenti. Non a caso, la sentenza *Costa c. E.N.E.L.* è stata definita come la *Marbury vs. Madison* europea. Per un maggiore approfondimento circa il confronto fra le due figure nell'esperienza spagnola, v. J.I. MORENO FERNÁNDEZ, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-legislador en Materia Tributaria y Vías para reclamarla*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 49 – 63.

⁹¹ *Auto de 1 de febrero de 2008*. A tal proposito, la dottrina segnala la singolarità di una domanda pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto comunitario non di una disposizione legislativa, ma di un duplice orientamento giurisprudenziale, che il TS potrebbe mutare anche senza il pronunciamento del giudice comunitario. Cfr. RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE. (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)*, in *Diario La Ley*, N° 6936, Sección Doctrina, 30 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-138, pp. 1 – 12, pag. 11.

⁹² Cfr. Concl. Avv. Gen. M. Poyares Maduro, presentate il 9 luglio 2009, Causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado*.

In attesa della risposta della Corte di giustizia, segnaliamo la suggestiva riflessione secondo cui, nel caso di applicazione della legislazione da parte di un giudice, sarebbe possibile far slittare l'imputazione dal legislatore all'organo giurisdizionale. Infatti, partendo dal presupposto dell'analogia fra responsabilità per fatto del giudice in diritto interno, da un lato, e in diritto comunitario, dall'altro, sarebbe possibile equiparare l'*error judicial* per mancato rinvio al TC, in caso di legge incostituzionale, alla violazione sufficientemente caratterizzata derivante dal mancato rinvio pregiudiziale⁹³. In questo modo, tramite uno "slittamento" dalla responsabilità del legislatore alla responsabilità del giudice, la questione circa l'analogia fra illecito comunitario e illecito costituzionale del legislatore verrebbe sostituita dalla questione, pacificamente risolta in senso affermativo, sull'equivalenza fra responsabilità per fatto del giudice, a seconda che la posizione giuridica violata sia fondata sul diritto interno o sul diritto comunitario⁹⁴. In altri termini, in caso di applicazione, da parte del giudice di una legislazione "viziata", sarebbe possibile agire nei confronti di quest'ultimo imputandogli di non aver rimesso la questione dell'incompatibilità della normativa, rispettivamente, al TC o alla Corte di giustizia.

Tale ipotesi sembra di difficile applicazione, in considerazione dell'orientamento particolarmente restrittivo circa i contorni concettuali dell'*"error judicial"* e, soprattutto, del complicatissimo regime processuale applicabile in tale ipotesi. Tuttavia, costituisce un utile esercizio per verificare il meccanismo di applicazione del diritto comunitario e, soprattutto, il ruolo del giudice, al contempo di diritto interno e di diritto comunitario. Per cui, ci sembra opportuno dedicare a questo tema una breve analisi, dato che non è possibile trattare della responsabilità derivante dallo scorretto esercizio di attività legislativa vincolata, senza considerare la funzione del giudice che tale disciplina è chiamato ad applicare. Infatti, il principio del primato del diritto comunitario implica il potere, in capo ai giudici ordinari, di valutare la compatibilità (o meno)

⁹³ Cfr. ALONSO GARCÍA, *La responsabilitat patrimonial de l'Estat-legislador, en especial en els casos d'infracció del Dret comunitari cit.*, pp. 179 - 180.

⁹⁴ In Italia, per esempio, prevale la tesi opposta. A tal proposito, rimandiamo alla specifica sezione dedicata al tema in relazione al caso italiano.

della disciplina interna con il diritto comunitario, e, se del caso, di disapplicarla in favore di quest'ultimo, senza che il TC giochi ruolo alcuno⁹⁵. Discorso diverso è quello relativo alla possibilità che il TC accolga un ricorso di “*amparo*”⁹⁶ contro sentenze che violino il diritto comunitario o per scorretta interpretazione o per mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. A tal proposito, ricordiamo che il giudice spagnolo, a differenza di altri giudici costituzionali europei, nega tale possibilità, tramite l’affermazione del principio secondo cui “*el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia*”⁹⁷. Tuttavia, in considerazione degli episodi in cui lo stesso TC si è espresso in termini meno netti, concludiamo che si tratta di una questione in evoluzione, che meriterebbe di essere approfondita come argomento indipendente, in prospettiva comparata con altre esperienze europee⁹⁸.

⁹⁵ Lo stesso giudice costituzionale ha avuto modo di affermare che né i Trattati, né il diritto comunitario derivato costituiscono canone di legittimità costituzionale ai fini dell’esame della compatibilità delle leggi con la Costituzione Spagnola (SSTC 252/1988 e 197/1996). Tale impostazione è stata ben sintetizzata nel F.J. 5 della STC 28/1991, in cui il giudice ha affermato che “*la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la legislación ordinaria*”. Il TC, in definitiva, nega la propria competenza per intervenire in questo tipo di questioni, considerate esuberanti rispetto all’ordine costituzionale che deve salvaguardare. A tal proposito, v. A. SAIZ ARNAIZ, *El derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas?*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 2, 1995, pp. 571 - 592; C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales Constitucionales*, Colex, Madrid, 2004, pag. 157. La Corte Costituzionale italiana considera incostituzionali le norme interne che impediscono o compromettono il rispetto dei trattati.

⁹⁶ L’“*amparo constitucional*” è un rimedio per la tutela dei diritti riconosciuti negli artt. 14 – 29 della Costituzione spagnola che si esercita davanti al *Tribunal Constitucional* (art. 53.2). Si tratta di un ricorso straordinario e sussidiario, nel senso che, per essere esercitato, devono essere soddisfatte le condizioni previste dalla Costituzione e bisogna preventivamente aver esaurito le ordinarie vie di ricorso.

⁹⁷ Cit. da STC 64/1991, de 22 de marzo.

⁹⁸ Per maggiori dettagli a tale proposito v., fra gli altri, A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004, pag. 520 e ss.

La responsabilità del giudice.

Nel capitolo II abbiamo definito in termini generali la questione della responsabilità per fatto del giudice, che, come noto, discende dalla violazione dell'obbligo, spettante agli organi giurisdizionali nazionali, di applicazione diretta e ordinaria del diritto comunitario, nei casi in cui questo trovi applicazione e, anche quando trovi applicazione il diritto interno, ad interpretare tali norme conformemente al diritto di fonte sovranazionale⁹⁹. Anche in questo caso, è dunque opportuno analizzare la disciplina nazionale per valutare l'impatto del paradigma comunitario, il quale, anche nell'esperienza spagnola, è interessato da diversi profili problematici.

La questione della compatibilità fra i diversi paradigmi è connessa al regime giuridico della fattispecie di diritto interno e attiene alla disciplina, di diritto sostanziale e processuale che, al di là delle questioni definitorie, può ostacolare un'armonica applicazione del diritto comunitario ed un suo innesto nell'ordinamento nazionale. In Spagna, gli strumenti di tutela nei confronti della funzione giurisdizionale trovano, quanto meno sotto il profilo della disciplina legale, molte meno limitazioni rispetto ad altre esperienze europee, quali quella francese e italiana; ne è riprova il fatto che si tratta dell'unico ordinamento fra quelli considerati in cui l'applicazione del diritto comunitario non è stata avvertita come rivoluzionaria rispetto alla disciplina nazionale. In Spagna, il principio di responsabilità patrimoniale dello Stato per fatto del giudice è espressamente riconosciuto nell'art. 121 della Costituzione Spagnola¹⁰⁰ e negli artt. 292 – 297 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985¹⁰¹,

⁹⁹ A tal proposito ricordiamo che la questione pregiudiziale è il principale strumento volto ad evitare che un giudice nazionale violi il diritto comunitario; tuttavia, il giudice spagnolo gode di ampia libertà per decidere o meno l'utilizzo di tale rimedio. Il TC nella sentenza 180/1993 de 31 de mayo, ha sostenuto che la mancata proposizione di questione pregiudiziale non costituisce di per sé violazione del diritto alla "tutela judicial efectiva" riconosciuto nell'art. 24.1 CE.

¹⁰⁰ Art. 121 CE: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

¹⁰¹ Exposición de motivos n°9: "se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y

nonché del tutto assestato nella giurisprudenza e ampiamente accettato dalla dottrina.

La disciplina di diritto interno prevede due diverse ipotesi da cui può derivare la condanna al risarcimento del danno: il funzionamento anormale della giustizia e l'errore giudiziario. A proposito della prima ipotesi, bisogna riferirsi al concetto elaborato dalla giurisprudenza, che pare quanto mai indeterminato¹⁰². L'altra ipotesi, consistente nell'errore giudiziario (previsto nell'art. 121 Const. esp. e sviluppato nella LOPJ, 1985, artt. 292 – 297), è sicuramente quella che più si avvicina all'illecito comunitario rispetto alla prima¹⁰³. Tale formula di per sé non esprime alcun contenuto giuridico preciso¹⁰⁴. Infatti, né l'articolo 121 Const. esp. né la disciplina legale indicano una definizione di errore giudiziario e neppure elencano una serie di fattispecie a effetti risarcitori. Per cui, per chiarire il

Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable".

¹⁰² Secondo quanto affermato dal TS, "el concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado". STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/2956). Cfr. P. ACOSTA GALLO, *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de Justicia*, Tirant lo Blanch - Editorial Montecorvo, Valencia, 2005, pag. 190. Il tema non rientra nell'oggetto dell'analisi, perché si tratta di una fattispecie concettualmente lontana rispetto alla violazione grave e manifesta del diritto comunitario; in ogni caso, segnaliamo un approfondimento del tema proposto da J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia: dilaciones indebidas*, in J. GARCÍA BERNALDO DE QUEIRÓS, *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración*, Consejo General del Poder Judicial - Marcial Pons, Madrid, 2002, (pp. 91 – 150). V. anche E. COBREROS MENDAZONA, *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización*, in *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, (pp. 31 – 69), pag. 37 e ss.

¹⁰³ In realtà, quanto meno teoricamente, questo non è del tutto vero; infatti i parametri stabiliti dalla Corte di giustizia sono uno standard minimo, ovvero, è sempre possibile che gli ordinamenti nazionali prevedano condizioni meno restrittive rispetto a quanto stabilito in sede comunitaria. D'altra parte, il danno può derivare anche da un indebito ritardo nel giudizio o nell'omissione di un'esecuzione imposta da una norma comunitaria. Per cui non è escluso che accada che lo Stato, nella sua funzione di Amministrazione della giustizia, sia condannato a risarcire coloro i quali risultino danneggiati non da un errore giudiziale, ma dal funzionamento anormale della giustizia, nel caso di "dilación o retraso indebido en enjuiciar o en la omisión de una ejecución impuestas por una norma comunitaria". Cit. da GAYO LAFUENTE, *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario y su recepción en el Derecho Español cit.*, pag. 1174.

¹⁰⁴ L'articolo 292.3 LOPJ stabilisce che "la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización". Per un'ampia disamina della giurisprudenza relativa al concetto di "error judicial", v. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pag. 124 e ss.

concetto è necessario consultare i contributi della dottrina, nonché le sentenze del TS¹⁰⁵, che a tal proposito, tuttavia, ha dimostrato una certa incoerenza fra dichiarazioni di principio, da un lato, e criteri applicati nel giudizio circa la sussistenza di reali ipotesi di errore giudiziale, dall'altro¹⁰⁶. Infatti, se in termini teorici ha propugnato un'interpretazione estensiva di tale formula, al momento della valutazione circa la risarcibilità di danni derivanti da attività giurisdizionale, si è sempre dimostrato molto prudente, ammettendo il risarcimento derivante da errore giudiziario solo in casi eccezionali¹⁰⁷: per cui, in applicazione della dottrina del c.d. “*yerro palmario*”, il TS sarebbe disposto a condannare al risarcimento del danno

¹⁰⁵ In mancanza di una definizione precisa di *error judicial*, la dottrina ha dibattuto circa il concetto espresso con tale formula. Secondo un'opinione ampiamente condivisa, si tratterebbe di una modalità del funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia, ragione per la quale, la distinzione da parte dell'art. 121 della Costituzione avrebbe potuto essere evitata. Secondo un'altra impostazione, l'errore è accidentale, ma non necessariamente rientra nell'ambito del funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia. Vi è infine chi distingue le due fattispecie, affermando che l'errore riguarda atti giurisdizionali formalizzati, quali ordinanze o sentenze, mentre il funzionamento anormale consiste in oggettive anomalie prodotte durante l'espletamento della funzione giurisdizionale. Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pag. 138 – 139; M. GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder Judicial, volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983, (pp. 311 – 349), pag. 322; J. SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (pp. 2515 – 2586), pag. 2550; J. TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985, (pp. 71 - 124), pag. 91 e ss.; C. MOVILLA ÁLVAREZ, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pag. 335. La seconda è invece proposta da J. ALMAGRO NOSETE, *El sistema español de responsabilidad judicial*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pag. 459; J. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 283 – 332.

¹⁰⁶ A tal proposito è esemplificativa la STS, *Sala Segunda, de 12 de septiembre de 1991* (RJ 1991, 6150).

¹⁰⁷ Secondo una formula dello stesso TS, che ben sintetizza questo orientamento, “*el yerro judicial debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron partes o se sienten perjudicados*” (STS, *Sala Segunda, de 5 de octubre de 1987* (RJ 1987, 6959)) e in STS, *Sala Primera, de 25 de junio de 2003* (RJ 2003, 4264)). Tali riferimenti sono stati trovati in E. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario*, in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 10, 2004, (pp. 289-316), pp. 313 – 314. A tal proposito l'autore segnala che spesso si trovano espressioni ancora più estreme, a proposito di pronuncie “*esperpénticas, absurdas, que rompen la armonía del orden jurídico*” (STS, *Sala Primera, de 16 de julio de 1988* (RJ 1988, 4934), e in STS, *Sala Primera, de 7 de julio de 2003* (RJ 2003, 4451)).

in un ventaglio di ipotesi molto inferiore rispetto a quello prefigurato dalla giurisprudenza comunitaria¹⁰⁸.

Come precedentemente accennato, secondo l'opinione di alcuni autori, quanto meno in linea teorica l'illecito comunitario potrebbe essere di natura tale da avvicinarsi al concetto di funzionamento anormale della giustizia¹⁰⁹; infatti, è possibile ipotizzare casi di responsabilità per violazione del diritto comunitario derivante da errore giudiziario (sentenza contraria al diritto comunitario) o da funzionamento anormale (ritardo nel giudizio o omissione nell'esecuzione di una sentenza fondata su una norma comunitaria) attribuibile ad un organo giurisdizionale, disciplinati dagli art. 292 e ss. LOPJ e 139 e seguenti LRJAP. Tuttavia, è altamente probabile che trovi esclusiva applicazione la normativa relativa all'errore giudiziario¹¹⁰; inoltre, l'unica sentenza disponibile a tale riguardo rafforza la tesi secondo cui, in caso di violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale, il soggetto danneggiato può esercitare un'azione davanti agli organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa, previo reclamo all'istanza amministrativa corrispondente, secondo il sistema generale stabilito dalla disciplina poc'anzi ricordata e dalla *Ley 30/1992, de 26 noviembre*, alla quale essa rinvia (art. 139 – 144).

La disamina della disciplina sostanziale potrebbe suggerire l'idea che l'integrazione fra i due livelli si verifichi senza alcuna difficoltà. In realtà, tale affermazione deve essere rivista in considerazione del fatto che l'ordinamento spagnolo presenta alcuni aspetti che ostacolano sensibilmente l'effettiva applicazione del diritto comunitario¹¹¹. In primo

¹⁰⁸ A tal proposito possiamo però ricordare che nei casi in cui si eserciti un'azione di dichiarazione di errore giudiziario per violazione del diritto comunitario, il TS potrà sempre sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia perché il giudice comunitario dichiari se nel caso in questione sia applicabile o meno la dottrina Köbler.

¹⁰⁹ V. dottrina citata alla pagina precedente.

¹¹⁰ Cfr. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad por actuaciones judiciales cit.*, pag. 313.

¹¹¹ "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra aún en una fase inicial, con unos pronunciamientos más acertados que otros, y, sobre todo, con una notable resistencia a hacer efectivo el principio de equivalencia, acudiendo por el contrario invariabilmente al criterio de la "violación suficientemente caracterizada", lo que unido, entre otros, a un recurso excesivo a la teoría (marginal) del acto claro como medio de evitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lleva una remarcable y censurable tendencia a la restricción en el reconocimiento de indemnizaciones". Cit. da CARRILLO DONAIRE, LÓPEZ MENUDO

luogo, ricordiamo la già citata restrittiva interpretazione circa la sussistenza dell'*error judicial*. A tal proposito, ricordiamo che la meccanica applicazione del diritto comunitario conduce a sostituire il diritto nazionale incompatibile; di conseguenza, nel caso in cui il concetto di *error judicial* risulti più restrittivo rispetto alla violazione sufficientemente caratterizzata, nel senso attribuito a tale espressione dalla Corte di giustizia nella sentenza Köbler, il giudice dovrà sostituire la valutazione del primo con la seconda. Tuttavia, la vaghezza dei concetti espressi fa sì che tale sostituzione, sicuramente corretta da un punto di vista logico e istituzionale, non sortisca, nella pratica, risultati apprezzabili, perché fondata su una presunta distinzione di contenuto in molti casi difficile da apprezzare¹¹². Più in generale, nel caso in cui emerga una reale distinzione concettuale, il giudice nazionale potrebbe mutare il proprio orientamento in modo da giungere, anche in assenza di specifico intervento legislativo, ad una formula meno rigida circa l'interpretazione dell'errore giudiziario, anche in riferimento alla tutela di posizioni giuridiche fondate esclusivamente in diritto interno¹¹³.

Sotto un altro profilo, inoltre, la dottrina ha messo in luce che l'effettività del diritto comunitario mal si concilia con la complicatissima disciplina processuale che regola il sistema di ricorsi necessario per ottenere tale risarcimento¹¹⁴. Come vedremo nella sezione dedicata agli elementi di diritto processuale, ci troviamo di fronte ad un tipico caso in cui l'autonomia processuale di uno Stato, del tutto libero, in principio, nell'approvazione della propria disciplina processuale interna, rischia di entrare in conflitto con il principio di effettività del diritto comunitario¹¹⁵.

e GUICHOT REINA, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos cit.*, pag. 369.

¹¹² Cfr. STS, de 17 de abril de 2002, (Sala 3.ª, Sección 2.ª, recurso núm. 1255/2000, ponente: Rouanet Moscardó).

¹¹³ Questo è tanto più probabile se si considera che il TS, al momento di pronunciarsi su un'ipotesi di questo tipo, sarebbe probabilmente indotto a proporre domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia, il che rafforzerebbe ulteriormente il dialogo fra giudici e potrebbe contribuire ad accelerare il mutamento delle categorie giuridiche interne in vista di una maggiore omogeneità rispetto al paradigma comunitario.

¹¹⁴ Si tratta della disciplina fondata sull'art. 293.1.b LOPJ, cui faremo riferimento nella prossima sezione.

¹¹⁵ Cfr. E. MENÉNDEZ REXACH, *La "Cooperación por coacción": la responsabilidad de los Estados Miembros imputables a sus jueces*, in J.H. MARTÍNEZ DE VELASCO e F.J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos*

Infine, altro aspetto, che per ora non costituisce elemento incompatibile rispetto al diritto comunitario, ma che in futuro potrebbe presentare elementi di frizione con la giurisprudenza della Corte di giustizia, consiste nel fatto che il TS, in applicazione degli artt. 292.3 e 293.1.f LOPJ, ha sempre considerato risarcibili solo le lesioni conseguenti ad una sentenza passata in giudicato per esaurimento di tutte le possibili vie di ricorso¹¹⁶. A tal proposito, non c'è conflitto con quanto stabilito dal giudice comunitario, che fino ad oggi ha sempre fatto riferimento a violazioni del diritto comunitario imputabili ad organi giurisdizionali di ultimo grado, le cui sentenze non sono pertanto suscettibili di ulteriori ricorsi. Tuttavia, il giudice nazionale è giunto alla medesima conclusione desumendo tale principio da un fondamento di diritto interno¹¹⁷; per cui, nel momento in cui la Corte di giustizia dovesse affermare che il principio si applica anche a seguito di una condotta di un giudice di grado inferiore, tale posizione del giudice nazionale si troverebbe in contrasto con quella del giudice comunitario e dovrebbe necessariamente essere corretta¹¹⁸.

nacionales: algunas zonas de fricción. Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 439 – 450), pp. 449 - 450.

¹¹⁶ Ciò significa che un soggetto non può ottenere il risarcimento del danno per fatto del giudice se non ha prima esperito tutte le possibili vie di ricorso ordinarie.

¹¹⁷ Infatti, ai sensi dell'art. 293.f) LOPJ, la sentenza che accerti l'errore della pronuncia può essere emessa solo dopo che siano state percorse tutte le vie di ricorso previste dall'ordinamento giuridico. Secondo la Sala 4 del TS, è necessario aver effettuato ricorso per cassazione per unificazione della dottrina (STS, 3 giugno 1999, Ar. 6006).

¹¹⁸ Tra l'altro, diversi autori hanno affermato che a tale conclusione non si opporrebbe alcuna controindicazione dal punto di vista giuridico – ordinamentale.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile alle *Comunidades Autónomas* e alle altre articolazioni territoriali.

Come più volte ricordato, la Corte di giustizia riconosce l'autonomia istituzionale degli Stati membri, che sono, pertanto, di principio liberi nel disciplinare la loro organizzazione interna nonché nello stabilire gli organi competenti e le procedure necessarie per una corretta attuazione del diritto comunitario.

Nel caso di violazione del diritto comunitario, lo Stato risponderà unitariamente nei confronti della Comunità Europea; invece, delle conseguenze patrimoniali derivanti da tale inadempimento, risponderà il soggetto che concretamente abbia posto in essere la condotta lesiva, per cui la composizione interna, funzionale e territoriale degli Stati, assumerà importanza decisiva¹¹⁹.

In linea generale, dunque, i problemi connessi al rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri interessati da fenomeni di decentramento si pongono, in primo luogo, in termini di imputabilità.

Nel caso dell'ordinamento spagnolo, caratterizzato da un accentuato decentramento politico, la responsabilità internazionale degli enti substatali, la responsabilità delle Comunità Autonome (in seguito, CC.AA.) nei confronti della Comunità europea e, negli ultimi anni, la responsabilità patrimoniale nei confronti dei cittadini, sono state oggetto di crescente attenzione, in considerazione della sempre maggiore partecipazione di tali enti alle dinamiche comunitarie¹²⁰.

¹¹⁹ Il tema è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina spagnola. Per una trattazione del tema in termini generali, v. AA.VV., *La participación de las regiones en Europa*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2003.

¹²⁰ In questo quadro, ci sono state delle fasi, in cui i governi centrali, trovandosi in momenti di particolare debolezza, per ottenere un più sostanziale appoggio da parte del Parlamento, hanno promosso nuovi accordi che hanno ampliato il potere di intervento delle CC.AA. nelle dinamiche europee. Cfr. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos Estatutos*, in *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 4/2007, (pp. 69 – 128). L'autore fa particolare riferimento al governo di Felipe González (1993-1996), al primo governo di José María Aznar (1996-2000) e all'attuale governo, di José Luis Rodríguez Zapatero (governo entrato in carica nel 2004, e riconfermato nel 2008). Secondo l'autore, la stretta correlazione con contingenti episodi di criticità politico-istituzionale si sono tradotti nella mancanza di “una meditada reflexión hecha en común sobre cuál podía ser el alcance y cuáles podían ser los mecanismos más apropiados para favorecer la participación de las

Nel caso spagnolo, anche se la Costituzione prescrive (art. 93) che “*Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*”, vige il principio generale secondo cui le obbligazioni comunitarie devono essere adempiute dai soggetti che possiedono la relativa competenza. Pertanto, l'ordinamento spagnolo appare come esempio paradigmatico del cd. “decentramento della responsabilità per violazione”, che implica che qualsiasi ente pubblico debba rispondere dei danni cagionati nell'esercizio delle sue competenze¹²¹. Ciò significa che le CC.AA., secondo il tradizionale riparto di competenza, dovranno applicare, se del caso, il diritto comunitario di ambito corrispondente alla propria sfera di competenza¹²². Sarà pertanto necessario considerare il riparto di competenza, legislativa ed esecutiva, fra Stato e CC.AA., disciplinato dalla Costituzione spagnola da un lato e, dall'altro, dai diversi Statuti di Autonomia, che a partire dal 2006 sono stati ampliamenti riformati anche in relazione all'esecuzione del diritto comunitario¹²³.

Comunidades Autónomas en la integración de España en la Unión Europea” (pag. 124). Un interessante contributo che tratta di queste diverse forme di responsabilità è: D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho comunitario europeo*, in *Cuadernos de Derecho Público - Instituto Nacional de Administración Pública*, 6, enero-abril 1999, (pp. 37 - 69).

¹²¹ Cfr. JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos cit.*, pag. 355.

¹²² A tal proposito, v. SSTC, 252/88 e 79/92.

¹²³ Gli Statuti di Autonomia sono definiti dalla Costituzione (art. 147.1) come “*la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma*”. Si tratta di norme istituzionali basiche di ogni C.A., approvate dal Parlamento nazionale che hanno il rango di *Ley Orgánica* (art. 81.1 CE). Si tratta, quindi, di fonti statali, che costituiscono il fondamento del diritto delle CC.AA., per cui sono allo stesso tempo norme statali e norme delle CC.AA. Si tratta, tuttavia, di una Legge dai caratteri particolari, non solo per la sua natura giuridica, ma anche per il procedimento di approvazione e di riforma. Per maggiori dettagli, v. O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político Español, Tomo I. Constitución y fuentes del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007pp. 553 – 582. Tale processo è stato iniziato grazie alla riforma degli Statuti delle Comunità di *Valencia* e della Catalogna (rispettivamente, *Ley orgánica 1/2006 del 19 de julio de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (BOE n°86 del 11 de abril de 2006) e *Ley Orgánica 6/2006 del 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña* (BOE n° 172 del 20 de julio de 2006)). In seguito furono elaborati e approvati i progetti di riforma degli Statuti di Andalusia, Baleari, Aragona, Canarie e Castilla y León. Per maggiori dettagli, v. E. ROIG MOLÉS, *La reforma del Estado de las autonomías: ¿Ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 3, 2006, (pp. 149 – 185); ORDÓÑEZ SOLÍS, *Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos Estatutos cit.*, pag. 73. Ci riferiamo all'art. 189 della Statuto di autonomia della Catalogna,

La Costituzione del 1978 delinea un sistema di riparto di competenze, legislative ed esecutive, fondato su tre diversi gruppi di materie, quelle di competenza esclusiva dello Stato, quelle di competenza concorrente fra Stato e CC.AA., e quelle di competenza esclusiva delle CC.AA.¹²⁴. Un sistema di questo tipo, che delega alle autorità decentrate non solo competenze legislative ma anche penetranti poteri nell'applicazione di leggi approvate dal Parlamento nazionale, è senza dubbio foriera di numerosi conflitti. Tale considerazione, valida in assoluto, non soffre eccezioni in riferimento alla partecipazione alle dinamiche comunitarie¹²⁵.

all'art. 93.2 dello Statuto dell'Aragona, all'art. 235.1 dello Statuto dell'Andalusia e dell'art. 62.3 di *Castilla y León*, che stabiliscono che le rispettive Comunità applicano il diritto dell'Unione Europea nell'ambito delle proprie competenze e che l'applicazione del diritto comunitario non giustifica, in ogni caso, una modifica del riparto di competenze stabilito da Costituzione e Statuto. L'art. 189.2 dello Statuto della Catalogna prevede che "*Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas. La Generalitat debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo*". L'art. 189.3 stabilisce inoltre che "*En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas*". È possibile trovare una disposizione analoga nello Statuto dell'Andalusia, art. 235.2. Per un approfondimento dell'esperienza catalana, che rappresenta uno dei modelli più significativi nell'ambito dell'esercizio del diritto all'autonomia, v. M. BARCELÓ, J. VINTRO, *Derecho Público de Cataluña*, Atelier. Libros Jurídicos, Barcelona, 2008. V., in particolare, la sezione dedicata allo sviluppo ed alla applicazione del diritto comunitario: pp. 591 – 595.

¹²⁴ Nella Costituzione spagnola si trovano diverse disposizioni che indicano materie di competenza esclusiva dello Stato. All'art. 149.1 Const.esp., dedicato, appunto, a tale disciplina, si aggiungono gli artt. 81, 122.1, 131.1, 132 e 137.1. Le CC.AA. assumono competenza, sia legislativa sia esecutiva, sulle materie non previste dagli articoli precedenti e richiamate negli Statuti di Autonomia (art 149.3 Const.esp.). Vi sono poi casi in cui la competenza in una determinata materia spetta ad entrambi. Si pensi al caso della proprietà intellettuale (art.149.1 Const.esp.) in relazione alla quale la competenza legislativa spetta allo Stato e la competenza esecutiva alle CC.AA. qualora lo abbiano previsto nel proprio Statuto. Un'altra ipotesi di responsabilità concorrente è quella secondo cui allo Stato compete l'approvazione della legislazione di base, mentre alle CC.AA. spetta la legislazione di sviluppo. A proposito della distinzione fra la prima e la seconda, le difficoltà interpretative sono all'ordine del giorno. Per maggiori dettagli, v., fra gli altri, L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN e J. GARCÍA MORILLO, *Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 338 – 341. Vi sono poi altri casi di competenza concorrente, quando le leggi statali espressamente lo prevedano.

¹²⁵ La complessa distribuzione di competenze fra Stato centrale e articolazioni politiche decentrate pone non pochi problemi circa il corretto adempimento degli obblighi comunitari. La partecipazione delle CC.AA. e il necessario coordinamento con lo Stato trovano un imprescindibile strumento nelle Conferenze Settoriali, e in particolare nella *Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Autónomas (CARCE)*. Fra le sue principali funzioni, ricordiamo quelle relative all'affinamento della tecnica normativa, ai fini del recepimento delle direttive comunitarie e dell'attuazione, sviluppo ed esecuzione dei regolamenti e delle decisioni comunitarie, nonché nella fissazione di formule di partecipazione nei procedimenti interni per l'adempimento degli obblighi

Infatti, secondo l'uniforme giurisprudenza costituzionale, l'applicazione del diritto comunitario non è di per sé un titolo di riparto di competenza, per cui continuerà a valere la competenza materiale imposta dal blocco di costituzionalità¹²⁶. Da ciò deriva che le CC.AA. saranno vere e proprie protagoniste dell'integrazione europea non solo in considerazione delle loro ampie competenze legislative, in nome delle quali i legislatori autonomici sono chiamati a intervenire per recepire le direttive europee, ma anche in quanto titolari di importanti competenze esecutive, per cui la violazione del diritto comunitario può essere imputata anche ad una amministrazione autonoma o locale¹²⁷. In casi di questo genere, di competenza esclusiva delle CC.AA., si potranno verificare numerosi conflitti nei casi di amministrazioni autonome che applichino una legislazione statale contraria al diritto comunitario, e anche nel caso in cui un'amministrazione locale applichi una normativa statale o autonoma anticomunitaria. In un caso di questo genere, secondo opinione comune, sarà l'amministrazione a rispondere di tale violazione, salva la possibilità

comunitari in generale. Per un maggiore approfondimento, v. F. RUBIO LLORENTE (ed.), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pag. 117.

¹²⁶ Il TC ha stabilito che per determinare il soggetto cui spetta l'attuazione del diritto comunitario, devono essere applicati i criteri costituzionali e statutari di riparto di competenza fra Stato e CC.AA., che non hanno subito alterazioni a seguito dell'ingresso della Spagna nella Comunità europea, né a seguito dell'approvazione di norme comunitarie (STC, 148/1998, 2 luglio). Il TC ha affermato che l'attuazione del diritto comunitario non implica un'attribuzione di una nuova competenza allo Stato; infatti la disposizione che gli attribuisce competenza esclusiva sulle relazioni internazionali (art. 149.1.3 CEsp) non implica un ampliamento dell'ambito competenziale in tema di attuazione del diritto derivato (STC 17/1992, 28 maggio). L'art. 93, d'altra parte, non implica un titolo competenziale autonomo dello Stato, perché comunque non vengono meno le necessità di connessione con le competenze esteriori dello Stato (STC 80/1993, 8 marzo).

¹²⁷ Una definizione sintetica dell'esperienza spagnola è offerta da Francisco Javier Enériz Olaechea, secondo cui *"en el caso de un Estado descentralizado, como el español, tanto la integración de las Directivas que corresponda hacer en el ámbito interno, como la aplicación concreta del Derecho comunitario, por más que sea una responsabilidad global del Estado ante las instituciones europeas, no es necesariamente competencia estatal. La determinación de a quién compete tal integración depende del sistema constitucional de distribución de competencias, de forma que, según la materia de que se trate, y de los títulos competenciales en que quepa ubicarlas, la transposición de una Directiva será competencia estatal o autonómica, como también será autonómica o estatal según los casos, la aplicación cotidiana, por ejemplo, de los Reglamentos comunitarios en la actividad de las distintas Administraciones Públicas competentes"*. Cit. da F.J. ENÉRIZ OLAECHEA, *El Sistema de Fuentes del Derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2007, pp. 218 – 219.

di agire in via di regresso contro il soggetto cui corrisponda il potere legislativo¹²⁸. Per cui, il soggetto danneggiato dovrà presentare ricorso amministrativo al *Consejo de Gobierno*, anche se, nel caso concreto, la violazione è dipesa da un cattivo esercizio della funzione legislativa statale piuttosto che dalla mancata applicazione della stessa disciplina da parte delle amministrazioni autonome o locali¹²⁹.

Riepilogando, nei casi di violazione del diritto comunitario per cattivo esercizio in materie di competenza esclusiva delle CC.AA., dovranno rispondere gli organi di quest'ultime. Inoltre, due elementi caratterizzano l'esperienza spagnola. Ci riferiamo in primo luogo al fatto che alcuni autori hanno desunto dall'art. 93 della Costituzione, nonché da alcune pronunce del TC, una responsabilità solidale dello Stato anche nel caso in cui i principali responsabili siano le CC.AA.¹³⁰; infatti, in virtù dell'art. 93

¹²⁸ Anche se questa impostazione sembra del tutto assestata, appare molto discutibile sotto il profilo del diritto comunitario, poiché, come sappiamo, anche le amministrazioni devono partecipare alle dinamiche comunitarie tramite la disapplicazione della normativa che appaia in contrasto con il diritto di fonte sovranazionale. Ciò detto, il diritto comunitario richiede che la posizione giuridica sia tutelata e, come noto, dimostra un totale disinteresse nei confronti delle modalità interne tramite le quali tale principio è assicurato.

¹²⁹ Questa situazione è destinata a presentarsi in termini sempre più netti, in considerazione del fatto che, "... en el contexto de la Unión Europea y con el paso del tiempo se perfila más un modelo español basado en cuatro niveles de gobierno – el europeo, el estatal, el autonómico y el local – y donde corresponde al Estado una intensa labor legislativa – aunque sólo sea para cumplir las obligaciones de desarrollo de reglamentos y de transposición de directivas europeas – cuya ejecución administrativa de los reglamentos y de las directivas, tamizadas convenientemente por la legislación estatal, debería corresponder de manera natural a la Administración autonómica". Cit. da ORDÓÑEZ SOLÍS, *Derecho, Administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado cit.*, pag. 278. L'autore sottolinea che tale tendenza è confermata dalla recente normativa europea relativa agli appalti pubblici, alla tutela dell'ambiente e alla gestione dei fondi strutturali. Una volta conclusa la via amministrativa, rimane la via giudiziaria che è per forza di cose quella contenzioso – amministrativa, regolata dalla legge 29/1998, del 13 luglio, *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*.

¹³⁰ V. SSTC 252/1988, del 20 dicembre; 79/1992, del 28 maggio; 117/1992, del 16 settembre; 80/1993, dell'8 marzo; 141/1993, del 22 aprile. Si tratta di pronunce in cui il giudice ha affermato che al Governo statale devono essere assicurati gli strumenti indispensabili per l'adozione delle misure necessarie ai fini della garanzia del rispetto delle risoluzioni degli organismi internazionali, e, al contempo, che questo non può in alcun modo alterare la distribuzione dei poteri fra Stato e CC.AA. derivante dal blocco di costituzionalità. A tal proposito ricordiamo anche il principio di coordinamento stabilito dall'art. 103.1 della Costituzione, che costituisce non solo un criterio organizzativo generale per le amministrazioni pubbliche nel loro complesso, ma anche una tecnica che può essere invocata dallo Stato per omogeneizzare un ambito normativo o stabilire parametri comuni ai fini dell'espletamento delle funzioni esecutive. A tal proposito, benché il TC abbia affermato che tale principio non deve essere inteso come fonte di competenze statali, non c'è dubbio che il potere di coordinamento implichi un certo potere di direzione, come conseguenza della posizione di superiorità del coordinatore

Const.esp., lo Stato potrebbe essere responsabile nei casi di omissione legislativa da parte delle CC.AA., nel momento in cui non approva norme suppletorie o leggi di armonizzazione¹³¹. Ad analoga soluzione potrebbe condurre una lettura dell'art. 155 Cost. esp., che disciplina il c.d. potere sostitutivo da parte dello Stato nel caso di violazione del diritto comunitario da parte di una C.A.. Si tratta, tuttavia, di un potere esercitabile solo in casi del tutto eccezionali, previsto come *extrema ratio* per situazioni di particolare conflitto istituzionale, che fino ad oggi non si è verificato¹³². Per cui, lo Stato centrale può essere dichiarato responsabile solo nelle materie di sua competenza, quanto meno concorrente. Invece, nel caso di una materia di competenza piena ed esclusiva di una C.A., lo Stato non ha alcuna facoltà sostitutiva e pertanto non può nemmeno essere condannato al risarcimento dei danni, poiché la violazione corrisponde al cattivo esercizio di una competenza di cui non è titolare¹³³. Ciononostante,

rispetto al coordinato (STC 104/1988, 8 luglio, F.J. 2; STC 214/1989, 21 dicembre, F.J. 20 f.). Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, in *Revista de Administración Pública*, 121, 1990, (pp. 213 - 243), pag. 241; F. RUIZ RUIZ, *La función de Garantía del cumplimiento autonómico el derecho comunitario europeo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 51, 1997, (pp. 160 - 173), pag. 173. Per un approfondimento sull'art. 93 Cost., v. S.J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, in *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 294-295, enero-agosto, 2004, pag. 114.

¹³¹ V. F.G. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario*, in *Noticias de la Unión Europea*, 147, 1997, (pp. 9-24), pp. 20-21.

¹³² In forza di tale disposizione il governo può adottare le misure necessarie per obbligare una o più CC.AA. ad adempiere agli obblighi a loro incombenti in casi in cui risulti gravemente pregiudicato l'interesse generale dello Stato. Si tratta di una misura ad oggi mai applicata, concepita come l'estremo rimedio a fronte del mancato adempimento di un obbligo, imposta dalla Costituzione o da altre fonti, da parte di una C.A.. La natura eccezionale di questo strumento è dimostrata anche dalla complessa procedura prevista ai fini del suo utilizzo. A tal proposito v., fra gli altri, L. LÓPEZ GUERRA, *Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 385 – 386. Come vedremo nel corso della trattazione, il TC, inoltre, è stato costante nell'affermare che la partecipazione all'Unione Europea non altera in alcun modo il riparto di competenze disciplinato dalla Costituzione e dall'ordinamento giuridico nazionale. A tal proposito, v. le sentenze del TC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 80/1993, 141/1993, 148/1998. Per una disamina in chiave critica di tali pronunce, v. F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento de Derecho Comunitario*, in C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS e E. HINOJOSA MARTÍNEZ, *El estado autonómico en la Comunidad Europea. V jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2002, (pp. 27-41), pp. 32 – 34.

¹³³ Le difficoltà circa la decisione a proposito di eventuali conflitti di competenza fra Stato e CC.AA. sul recepimento delle direttive comunitarie non è oggetto di questo lavoro. A tal proposito, possiamo ricordare che un eventuale conflitto fra Stato e CC.AA. si risolve solamente a posteriori, tramite il ricorso di competenza davanti al TC. Tuttavia, i casi di

parte della dottrina si è interrogata circa la possibilità, per un soggetto danneggiato da violazione del diritto comunitario, di agire sempre nei confronti dello Stato, a prescindere dall'articolazione politico-territoriale concretamente titolare della competenza, facendo salva, ovviamente, la possibilità di eventuali azioni di regresso per il reclamo della somma al soggetto cui il danno sia concretamente imputabile¹³⁴. Infatti, una tale possibilità risulterebbe molto conveniente ai cittadini danneggiati, che non correrebbero il rischio di vedersi in un secondo tempo rigettata l'azione per essersi rivolti al soggetto pubblico sbagliato. Pertanto, alcuni autori hanno suggerito che il ricorso potrebbe essere sempre rivolto all'Amministrazione Generale dello Stato (o anche ad amministrazioni autonome, a seconda dell'attribuzione di competenza secondo il diritto interno)¹³⁵.

Nonostante l'importanza di questa questione, che incide direttamente sull'effettività dei diritti dei cittadini, in diritto spagnolo non sono del tutto chiare le vie attraverso le quali possano essere tutelati i soggetti danneggiati a causa di una violazione del diritto comunitario da parte delle CC.AA.¹³⁶. L'unica disposizione legislativa è l'art. 142.2 LRJPAC, ai sensi del quale i procedimenti di responsabilità patrimoniale saranno risolti dal Ministro competente, dal CdM quando una legge così dispone, o dagli

disaccordo non sono stati particolarmente numerosi. Per un dettagliato elenco delle sentenze del TC, v. RUBIO LLORENTE (ed.), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español cit.*, pag. 119.

¹³⁴ A tal proposito, v. G. VANDERSANDEN, *La Responsabilité des états membres en cas de violation du droit communautaire; études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pag. 180-181.

¹³⁵ In ogni caso, tenendo fermo il principio secondo il quale lo Stato centrale non è tenuto a rispondere delle conseguenze patrimoniali di violazioni del diritto comunitario imputabili ad altre articolazioni politico-territoriali. Per cui, si tratterebbe di stabilire un sistema di rivalsa, e lo schema in questione servirebbe, di conseguenza, ad una maggiore tutela dei soggetti danneggiati, ma non si tradurrebbe, in definitiva, in un'impropria centralizzazione delle azioni risarcitorie. Cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea cit.*, pag. 4020.

¹³⁶ A tal proposito, il Consejo de Estado ha recentemente espresso preoccupazione non solo per la mancanza di specifiche vie per la tutela delle posizioni giuridiche comunitarie, ma, più in generale, ha denunciato "*la inexistencia de una guía o de un protocolo de actuación – al menos con carácter ordinario, aunque se ha elaborado un documento de este tipo con ocasión de cada presidencia española – que dote de mayor certeza y agilidad el procedimiento de transposición y a la toma de decisiones al respecto, a través de la concreción de las distintas actuaciones a realizar, de las medidas a adoptar y de los instrumentos necesarios para garantizar la coordinación entre los distintos departamentos ministeriales*". Cit. da RUBIO LLORENTE (ed.), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español cit.*, pag. 148.

organi corrispondenti delle CC.AA. o delle entità che integrano l'amministrazione locale¹³⁷.

Una volta considerati i casi di violazione del diritto comunitario per cattivo esercizio di competenze esclusive delle CC.AA. che, come abbiamo visto, di principio conducono alla responsabilità esclusiva del livello di governo cui la violazione sia imputabile, dobbiamo ancora considerare i casi di competenza concorrente, in modo da mettere in luce se, e in che termini, possano verificarsi casi di responsabilità in solido dello Stato con le CC.AA.¹³⁸. In realtà questo caso non pone particolari problemi; infatti, sembra possibile applicare per analogia l'art. 140.1 LRJPAC, Legge 30/1992, del 26 novembre, che disciplina la responsabilità concorrente delle amministrazioni pubbliche in caso di gestione amministrativa collegiale, o quando diverse amministrazioni concorrano alla produzione del danno. Tale articolo sarà a maggior ragione applicabile nel caso in cui il giudice, nel valutare casi in cui l'amministrazione centrale svolga una funzione di coordinamento delle amministrazioni locali, possa desumere da tale situazione un'ipotesi di responsabilità in solido. In un caso di questo genere, il soggetto danneggiato potrà rivolgersi contro uno dei due enti, a sua discrezione¹³⁹. In termini generali, vale comunque il principio secondo cui, nel caso in cui lo Stato non abbia competenza e non gli sia imputabile nemmeno una sorta di *culpa in vigilando*, il cittadino potrà solamente agire nei confronti della C.A.¹⁴⁰.

Quanto affermato fin qui potrebbe indurre a credere che Stato ed enti locali si trovino in una condizione virtualmente simmetrica circa le conseguenze in termini patrimoniali delle violazioni del diritto comunitario.

¹³⁷ Bisogna applicare per analogia le disposizioni interne che regolano casi analoghi di responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei soggetti danneggiati come conseguenza del funzionamento normale o anormale dei servizi pubblici.

¹³⁸ Per un approfondimento di tale aspetto, v. E. ALBERTÍ ROVIRA, *El desarrollo y la ejecución por las comunidades autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el estado*, in AA.VV., *Estatuto y Unión europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2006, (pp. 79 – 103).

¹³⁹ In questi casi, sarà sempre possibile utilizzare strumenti, di concertazione o contenziosi, per un ulteriore riparto di responsabilità fra i due soggetti autori della violazione, secondo il grado di intervento o di partecipazione di ciascun soggetto pubblico nella violazione. L'azione è disciplinata secondo i requisiti previsti dall'art. 140.2 LRJPAC.

¹⁴⁰ Cfr. CIENFUEGOS MATEO, *Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho Comunitario cit.*.

Tuttavia, tale parallelismo soffre diverse eccezioni, come conseguenza della mancanza di una precisa disciplina legale, e di iniziative da parte dei giudici talvolta non prive di margini di improvvisazione. A tale riguardo è possibile fare due esempi, che dimostrano come tale schema, virtualmente simmetrico, soffra di numerose e importanti forzature. Si pensi, ad esempio, che non trova specifica soluzione il caso in cui una violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato centrale abbia arrecato un danno alle CC.AA.. In altri termini, ci riferiamo all'ipotesi in cui le CC.AA. siano il soggetto danneggiato dalla violazione imputabile allo Stato. In un caso di questo genere, la dottrina Francovich è di dubbia applicazione, perché, come noto, tende a tutelare i cittadini, persone fisiche o giuridiche di diritto privato, piuttosto che altri enti pubblici. Tuttavia, in mancanza di procedimenti espressamente stabiliti, è possibile applicare per analogia gli artt. 106.2 Const.esp e 139.1 LRJPAC anche alla responsabilità inter-amministrativa. Negli ultimi anni, la giurisprudenza, la dottrina e il *Consejo de Estado* hanno ammesso tale possibilità, nel caso in cui si verifichino i presupposti stabiliti dal regime di diritto comune, ovvero il danno, il nesso di causalità, il soggetto passivo, l'assenza di forza maggiore e il termine per l'esercizio dell'azione¹⁴¹. Si tratta, tuttavia, di orientamenti giurisprudenziali volti a correggere una situazione di palese asimmetria fra soggetti pubblici che, quanto meno di principio, dovrebbero trovarsi su un piano di parità. Un caso di questo genere si è realmente verificato e il suo esito dimostra chiaramente come, sotto questo profilo, i meccanismi di raccordo fra livelli di governo abbiano ancora ampi margini di progresso.

Ci riferiamo al caso relativo alla normativa nazionale che disciplina il *Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola* e istituisce gli strumenti volti alla sua gestione (RD 327/2003, 14 marzo)¹⁴². Nel caso in questione, le CC.AA. avevano applicato la normativa nazionale, che fu

¹⁴¹ Cfr. STS, 24 febbraio (Arz. 1235) e 14 ottobre (Arz. 8741) del 1994, 8 giugno 2000 (*Pérdida de ingresos en concepto del Impuesto de Actividades Económicas*; Arz. 7383), 26 giugno 2001 (Arz. 6690); SAN 2 e 24 marzo 2001 (*Pérdida de ingresos tributarios por lentitud de otra Administración*; JT 889, JT 1092).

¹⁴² Il caso è ampiamente trattato in M. GÓMEZ PUENTE, *Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario europeo*, in *Informe Comunidades Autónomas*, 2004, (pp. 780-799).

successivamente dichiarata incompatibile con gli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative circa l'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Infatti, la normativa nazionale non aveva applicato il sistema di ricorsi previsto nella disciplina comunitaria alle decisioni adottate dalle società a partecipazione pubblica, istituite in vista di obiettivi di interesse generale¹⁴³. Di conseguenza, le amministrazioni delle CC.AA. promuovevano procedure di appalto e concludevano contratti amministrativi (spesso finanziati con fondi europei) con società a partecipazione pubblica che, anche se di natura privatistica, non erano obbligate a soddisfare le condizioni e le garanzie formali previste per gli enti pubblici. A seguito della sentenza della Corte di giustizia che sancì la violazione, la Commissione Europea decise di diminuire i fondi attribuiti allo Stato spagnolo, in considerazione dell'entità e del volume economico delle operazioni coinvolte nella violazione¹⁴⁴. Lo Stato, a seguito della diminuzione dei fondi erogati dalla Commissione, diminuì proporzionalmente i fondi attribuiti alle CC.AA., che videro in tal modo ridotto l'importo degli aiuti inizialmente assegnati, e che furono così obbligate a sopportare le conseguenze patrimoniali di una violazione del diritto comunitario a loro non imputabile.

Si tratta di un singolo episodio che, tuttavia, dimostra come, in fondo, lo Stato si trovi in una posizione di superiorità anche in sistemi, come quello spagnolo, caratterizzati da un decentramento politico molto accentuato, e che, in tema di partecipazione alle dinamiche comunitarie, applicano uno schema fondato sul parallelismo fra Stato centrale ed articolazioni politiche decentrate. La mancanza di idonei strumenti giuridici per fare fronte a tali eventualità dimostra come, ancora oggi, siano necessari, in ambito sia accademico sia istituzionale, ulteriori sforzi volti ad un ulteriore

¹⁴³ La normativa nazionale era costituita dalla *Ley 13/1995*, 18 maggio, *de Contratos de las Administraciones Públicas*; *Real Decreto Legislativo 2/2000*, 16 giugno, di approvazione del *Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*;

¹⁴⁴ Fra queste, vi erano quelle concluse dalle società commerciali di titolarità delle CC.AA.

affinamento dei meccanismi di funzionamento di una *governance* multilivello e di partecipazione allo spazio giuridico europeo.

L'illecito comunitario in Spagna, secondo gli elementi della responsabilità extracontrattuale.

Appunti di diritto processuale

Il tema delle vie processuali necessarie al cittadino danneggiato da una violazione del diritto comunitario da parte dello Stato per ottenere effettiva tutela è stato oggetto di intenso dibattito da parte della dottrina spagnola¹⁴⁵. Come noto, bisogna utilizzare i rimedi amministrativi e giurisdizionali abituali di diritto interno.

Secondo la regola generale, per ottenere un risarcimento bisogna in primo luogo proporre un procedimento amministrativo per responsabilità patrimoniale, secondo le regole specifiche applicabili allo stesso¹⁴⁶.

A proposito della via amministrativa per reclamare la responsabilità delle amministrazioni pubbliche, segnaliamo alcuni punti fondamentali. In primo luogo, ricordiamo che, ad oggi, il legislatore spagnolo non ha stabilito un procedimento specifico per far valere la responsabilità a seconda del potere dello Stato cui sia imputabile la violazione; pertanto, la richiesta di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario da

¹⁴⁵ Il tema è stato trattato sia da un punto di vista pubblico ordinamentale, sia in termini più marcatamente processualistici. Del tema si sono occupati non solo studiosi ed esperti, ma anche operatori del settore e avvocati. Per un contributo in chiave pratica, v. M.J. SILVA SÁNCHEZ, *¿Cómo podemos reclamar los derechos que nos reconoce una directiva comunitaria, o la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falta de transposición?*, in *Economist & Jurist*, 30, 1998, (pp. 43 – 45).

¹⁴⁶ Art. 142 Legge 30/1992, del 26 novembre, *Régimen jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*; art. 4, 5, 6 del Real Decreto 429/1993, del 26 marzo, di approvazione del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial*.

parte di una legge statale o autonoma deve essere promossa secondo il procedimento amministrativo di diritto comune¹⁴⁷.

Il procedimento per ottenere il risarcimento per atti o omissioni del legislatore o della P.A. è regolato dal Titolo X della LRJPAC, sviluppata dal *Real Decreto 429/1993*, del 26 marzo¹⁴⁸. In Spagna, come noto, per ottenere il risarcimento per violazione del diritto comunitario imputabile al legislatore, bisognerà in primo luogo proporre ricorso amministrativo nei confronti del soggetto cui la violazione sia imputabile. In alternativa, è possibile invocare la responsabilità a titolo sussidiario rispetto al processo principale in cui si pretenda l'applicazione della norma comunitaria¹⁴⁹. Una terza, sicuramente configurabile in teoria, ma assolutamente disagiata nella pratica, consiste nell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei giudici, a seguito dell'applicazione di una legge anticomunitaria che, come tale, avrebbero dovuto disapplicare¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Artt. 139-146 della *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Per maggiori dettagli circa la struttura di tale procedura (impulso, istruttoria, conclusione, procedimento abbreviato, ecc.), v., fra gli altri, J. CLIMENT BARBERÀ, *El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad*, in J. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 181 – 224.

¹⁴⁸ A proposito della responsabilità per omissione del legislatore, v. M.A. ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, *Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador: especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, in *Revista Española de la función consultiva*, 10, 2008, (pp. 57 - 88), pag. 84 e ss. L'autrice segnala che il TC si è rivelato piuttosto restio nel dichiarare l'incostituzionalità per omissione; tra l'altro, non può trattarsi di omissione assoluta, perché la LOTC richiede che il controllo del TC si svolga su un atto concreto. Inoltre, la mancanza di un termine entro il quale il legislatore è chiamato ad intervenire rende particolarmente complessa tale valutazione.

¹⁴⁹ Tuttavia, il fatto che, per l'ottenimento del risarcimento debba essere in primo luogo proposto ricorso amministrativo, ha indotto i tribunali spagnoli a rigettare tale azione sussidiaria. Si pensi al caso *Wagner Miret/Fondo de Garantía Salarial*, in cui, sussidiariamente, si reclamava il risarcimento per mancato recepimento della direttiva 80/1987/CEE, in cui il TS ha assunto una posizione spiccatamente formalista. Del resto, tale orientamento è stato mantenuto non solo dal TS, ma anche dal *Consejo de Estado* e dall'AN. V., per esempio, il *Dictamen 1548/2001*, della *Comisión Permanente del Consejo de Estado*, de 4 de octubre, in cui fu proposto l'accoglimento del reclamo di risarcimento presentato al *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. SAN (*Sala de lo Contencio-administrativo, Sección 4.ª*), *sentencia de 26 de enero de 2000 (indemnización por no transposición de la Directiva 80/987/CEE) (recurso núm. 37/1997, ponente: Mangas González)*; in questo caso fu accolto il ricorso formulato contro il denegato risarcimento adottato dal *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea cit.*, pp. 4021 – 4022.

¹⁵⁰ Si tratta, evidentemente, di un elenco di possibilità del tutto indicativo, che intende dimostrare come, soprattutto nel caso di violazione imputabile al legislatore, si tratti di una fattispecie mutevole, che può manifestarsi in vario modo ed essere applicata tramite

Secondo tale disciplina, il ricorso amministrativo deve essere sempre diretto nei confronti dell'Amministrazione, statale o autonoma, a seconda del soggetto responsabile del danno¹⁵¹. A tal proposito, segnaliamo che anche in caso di illecito imputabile al legislatore o ad un giudice, il procedimento amministrativo sarà promosso nei confronti di un'Amministrazione. Per cui, le Amministrazioni, pur non avendo prodotto (né concorso alla produzione) il danno, si presentano come "responsabili d'ufficio"¹⁵².

Secondo la regola generale, il reclamo si dirige contro il Ministro o il *Consejero en las Administraciones del Estado* o delle CC.AA., salvo che specifiche leggi attribuiscano la legittimazione al CdM o agli organi di Governo delle CC.AA., o al Sindaco o al Consiglio nei comuni¹⁵³. Nel caso di regolamenti o atti amministrativi, varranno le regole di diritto comune, integrate da quelle di volta in volta previste in relazione alle singole materie¹⁵⁴.

In relazione all'illecito imputabile al legislatore, segnaliamo che anche in Spagna non è mancata la tendenza ad imputare all'Amministrazione violazioni derivanti da un atto normativo incompatibile con il diritto comunitario. In casi di questo genere, in mancanza di specifica disciplina, risulta applicabile il parallelo regime relativo all'illecito costituzionale,

rimedi processuali differenti. La terza ipotesi, inoltre, è praticabile solo dopo avere esaurito le ordinarie vie di ricorso.

¹⁵¹ Da questo principio generale alcuni autori, anche prima delle ultime evoluzioni circa il giudice competente, avevano desunto che in Spagna la competenza dovrebbe spettare ai giudici del contenzioso amministrativo. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pag. 383; S. MUÑOZ MACHADO, *La creación de un sistema único de responsabilidad civil aplicable en el espacio europeo*, in S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y la mutación del Estado*, Alianza, Madrid, 1992, (pp. 101 – 120), pag. 119. A tal proposito, v., a titolo di esempio: F.G. GÓMEZ DE MERCADO, *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Derecho comunitario: Competencia y prejudicialidad*, in *Noticias de la Unión Europea*, 171, 1999, (pp. 31 - 44), pag. 33: "El orden jurisdiccional competente parece que ha de ser, en todo caso, el contencioso – administrativo, pues se reclama una responsabilidad del Estado como tal, siguiendo las vías previstas para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con independencia del contenido de la Directiva a cumplir, que puede ser no sólo jurídico-público sino también jurídico-privado o propio de la rama social del Derecho".

¹⁵² Nel caso di atti giudiziari, tale norma è fissata dall'art. 293.2 della LOPJ; nel caso del legislatore, si tratta di una norma di origine giurisprudenziale. A tal proposito v., ad esempio, le sentenze TS del 25 settembre 1987, 29 febbraio 2000 e 13 giugno 2000.

¹⁵³ Nel caso di altre entità di diritto pubblico, l'art. 142.2.LPC stabilisce che dovrà pronunciarsi il massimo organo di tali entità, se non diversamente stabilito dalle specifiche discipline. Cfr. STS, *Sección segunda, Sala 3*, 8 gennaio 1998, Ar. 773.

¹⁵⁴ Art. 142.2 Legge 30/1992 e art. 3 del RD 429/1993, del 26 marzo.

ovvero derivante da una dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte del TC, che secondo costante giurisprudenza del TS, ha effetto *ex tunc*, ovvero proietta i propri effetti su qualsiasi atto, amministrativo o giudiziario, definitivo o meno¹⁵⁵.

Pertanto, nel caso di violazione del diritto comunitario da parte del legislatore, sono possibili, in astratto, due strade. La prima alternativa consiste nell'esercitare l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 139 – 144 della LRJPAC; la seconda consiste nell'azione tesa alla revisione di atti nulli, poiché l'art. 62.1 LRJPAC permette tale ricorso nel caso che siano stati approvati in applicazione di una norma contraria alla Costituzione o al diritto comunitario¹⁵⁶.

In tema di illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale si applica il procedimento previsto nell'ipotesi di "*error judicial*", disciplinata dagli artt. 292 - 293.1 della LOPJ¹⁵⁷. L'azione di responsabilità deve essere promossa a seguito di una sentenza che accerti tale errore, normalmente a seguito di un "*recurso de revisión*"¹⁵⁸. A seguito di riconoscimento

¹⁵⁵ In relazione agli atti amministrativi di applicazione di una legge successivamente dichiarata incostituzionale, bisogna distinguere a seconda che la validità di tali atti sia stata confermata in sede giudiziale oppure no. Nel caso di atti non confermati, il soggetto danneggiato ha due alternative. La prima consiste nel promuovere, nel termine (di prescrizione) di un anno un ricorso di responsabilità nei confronti dell'amministrazione secondo l'art. 139 LRJPAC; in alternativa, si può richiedere al Ministero corrispondente, senza termine, la revisione dell'atto. Nel caso, invece, di atti amministrativi confermati in giudizio, l'unica possibilità consiste nel richiedere il risarcimento secondo il regime di responsabilità patrimoniale dello Stato-legislatore, mediante istanza diretta al CdM (art. 142.2 LRJPAC) nel termine di un anno dalla pubblicazione della sentenza nel BOE. A tal proposito, v. M.A. AHUMADA RUIZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 62, 2001, (pp. 301 - 350), pp. 332 – 333. Cfr. STS, 29 febbraio 2000 (RJ 2000, 370), STS 13 giugno 2000, F.J. 7 (RJ 2000, 5939); STS 30 settembre 2000, (RJ 2000, 9093).

¹⁵⁶ Cfr. J.I. MORENO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador frente a disposiciones legales declaradas contrarias a la Constitución o al Derecho Comunitario*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 5, 2008, (pp. 1 – 27), pag. 27.

¹⁵⁷ E' applicabile il procedimento previsto dagli artt. 292-297 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Dei due procedimenti previsti dall'art. 293, relativi, rispettivamente, all'errore giudiziario e al funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia, senza dubbio la responsabilità comunitaria niente ha a che vedere con il secondo, ma si avvicina in qualche modo al primo.

¹⁵⁸ Tale azione può essere esercitata solo nel caso in cui siano esaurite le vie di ricorso ordinarie (art. 293.f LOPJ). Deve essere esercitata dal danneggiato nel termine di tre mesi (a partire dal giorno successivo alla notifica della sentenza) dinanzi alla Sala del TS corrispondente all'ordine giurisdizionale cui fa riferimento l'organo cui si imputa l'errore (art. 293.1 LOPJ). Nel caso in cui l'errore sia imputato ad una Sala o Sezione del TS, la competenza sarà regolata dall'art. 61 della LOPJ. Il processo è disciplinato dalle regole di

giudiziale dell'errore, il danneggiato potrà promuovere ricorso amministrativo per una richiesta di risarcimento al Ministero della Giustizia, nei termini stabiliti nell'art. 293.2 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*¹⁵⁹. A seguito di una risoluzione, espressa o presunta, del Ministero della Giustizia, sarà possibile ricorrere nuovamente davanti al giudice contenzioso-amministrativo.

La determinazione del giudice competente.

A proposito dell'individuazione degli organi giurisdizionali competenti a giudicare delle azioni di responsabilità proposte nei confronti della amministrazioni pubbliche, tradizionalmente il giudice competente è quello del contenzioso amministrativo¹⁶⁰. Negli ultimi anni, il legislatore spagnolo è intervenuto per sancire definitivamente questa competenza, in modo da limitare il fenomeno di *forum shopping*, dovuto al fatto che, talvolta, si

diritto comune, e ne sarà parte sia il Pubblico Ministero sia l'Amministrazione dello Stato. Il giudice emetterà sentenza definitiva entro un termine di 15 giorni. Teoricamente è possibile agire anche senza sentenza di revisione, ma in questo caso il procedimento costituisce, secondo esplicita definizione della dottrina, "*un auténtico calvario judicial*". Cit. da J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2006 pag. 159. La *revisión* è un mezzo straordinario di revisione delle sentenze definitive, può esperito solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge (Art. 510 LEC) ed è diretto a dimostrare che la causa fu giudicata in modo ingiusto. Per maggiori dettagli, v., fra gli altri, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 300 – 302.

¹⁵⁹ Art. 293, comma 1 della LOPJ. Quindi, il ricorso dovrà essere proposto entro il termine di un anno a partire dal giorno successivo alla notifica della Sentenza che accerti la sussistenza dell'errore. Art. 293, comma 2 della LOPJ. Alcuni autori hanno aspramente criticato tale soluzione, sostenendo che il ricorso andrebbe diretto al *Consejo General del Poder Judicial*, perché il ricorso al Ministero presuppone che questo possa influire sulla condotta di un Potere indipendente; cfr. GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia* cit., (pp. 311 – 349), pag. 311, TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva* cit., pag. 95. Tale soluzione sarebbe del tutto ragionevole, soprattutto in considerazione del fatto che la personificazione dello Stato nell'amministrazione è da diverso tempo entrata in crisi, ma si scontra con il fatto che il *Consejo General del Poder Judicial* è un organo a tutt'oggi privo di finanze proprie.

¹⁶⁰ Per un approfondimento circa la disciplina relativa alla competenza per territorio, v. V. MORENO CATENA, *Derecho procesal contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 36 – 38.

sono dichiarati competenti anche tribunali civili e quelli competenti in materia di lavoro¹⁶¹.

Attualmente, dunque, a seguito degli interventi del legislatore, sollecitato dall'unanime dottrina, è stata definitivamente sancita la competenza dei giudici del contenzioso amministrativo, a prescindere dal contenuto materiale della disposizione comunitaria violata, che può essere sia pubblico, sia privato, sia attinente a materie di competenza di altri giudici (del settore lavoristico o della sicurezza sociale, si pensi alle sentenze del 19 novembre 1991 e 16 dicembre 1993)¹⁶².

¹⁶¹ Ci riferiamo alla *Ley Orgánica 6/1998* e della *Ley 4/1999*, che modificarono, rispettivamente, la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LO 1/1985) e la *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Negli ultimi anni il legislatore è nuovamente intervenuto riformando ampiamente la LOPJ attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 19/2003*, del 23 dicembre, che porta a compimento un serie di interventi legislativi orientati all'attribuzione ai giudici amministrativi della competenza esclusiva per giudicare questo tipo di azioni di responsabilità patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione. Queste leggi di riforma sono mosse dallo stesso obiettivo, ossia, come segnala José Garbarí Llobregat, "la atribución a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, de manera exclusiva y excluyente, del conocimiento de la totalidad de las pretensiones procesales en las que se reclame responsabilidad patrimonial al menos frente a una Administración Pública, y con absoluta independencia de cualesquiera otras consideraciones (bien relativas a la génesis de dicha responsabilidad, bien a la naturaleza de la acción u omisión productora del daño o bien, en fin, a la condición o clase de los sujetos de derecho a quienes, además de al menos a una Administración Pública, quepa imputar el resultado lesivo en que se fundamente la reclamación)". Cit. da J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Exclusividad del "recurso contencioso-administrativo" para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la administración. (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, (pp. 57 - 96), pag. 61.

¹⁶² Nel preambolo al *Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial*, del 26 marzo 1993, "la vía jurisdiccional contencioso-administrativa ... pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado". Tale soluzione è stata confermata, fra l'altro, dalla *Sala de Conflictos* del TS, che ha sostenuto l'esclusività della competenza dell'ordine contenzioso-amministrativo in merito alla responsabilità patrimoniale della amministrazione a partire dalla legge 30/92 de las *Administraciones Públicas*. In un caso di responsabilità statale per mancato sviluppo normativo interno, la sentenza della *Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 1 marzo 1994 (Rec. 4.381/93 s. 3-a) ha affermato che l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministrazione per il ritardo nell'adozione di norme di sviluppo di un Decreto è competenza dell'ordine contenzioso-amministrativo, anche nel caso in cui si tratti di norme proprie della c.d. "rama social del derecho", ovvero attinente al diritto del lavoro e della previdenza sociale. Questo criterio è stato applicato al recepimento del diritto comunitario dalla sentenza della *Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía* de 22 de marzo de 1996 (*actualidad Jurídica Aranzadi* 252/18), relativa ad un'azione volta al risarcimento nei confronti del *Fondo de Garantía Salarial* in virtù della direttiva 80/987/CEE, per non aver incluso nell'ambito di applicazione il personale dirigente. Il *Tribunal Superior de Madrid*, con sentenza del 14 maggio 1996 (Recurso 1.017/95 s.2-) dichiarò la mancanza di giurisdizione dell'ordine *social* in relazione ad un'azione di risarcimento danni contro

Per quanto riguarda la responsabilità per fatto del giudice, è sempre competente il *Tribunal Supremo*. Tale giudice è competente a prescindere dalla natura della violazione del diritto comunitario e dall'atto che ha cagionato il danno; inoltre, è competente a giudicare dell'illecito di tutti i giudici spagnoli di qualsiasi grado¹⁶³.

L'elemento soggettivo.

Come sappiamo, la stessa Costituzione Spagnola (art. 106.2) prevede che la responsabilità dei pubblici poteri in Spagna sia oggettivizzata, il che significa che per il cittadino danneggiato non sarà necessario provare la colpa dei pubblici poteri o, per meglio dire, non dovrà provare l'antigiuridicità soggettiva della loro condotta. Pertanto, perché sorga un diritto al risarcimento, il soggetto dovrà provare di aver subito un pregiudizio antigiuridico oggettivo che non aveva il dovere di sopportare¹⁶⁴. Si tratta, dunque, di un modello simile al paradigma comunitario, che prevede come requisito la sussistenza di un elemento fortemente oggettivizzato quale la violazione sufficientemente caratterizzata¹⁶⁵. Se si guarda al solo dettato legislativo, dunque, si può supporre che l'ordinamento spagnolo, per le sue intrinseche

l'Amministrazione dello Stato fondata sulla mancanza di una norma interna che attribuisca al personale direttivo le garanzie salariali previste nella direttiva 80/987 della Comunità Europea. Il TS ha infine risolto la questione in favore della competenza dell'ordine contenzioso-amministrativo. A tal proposito, v. GÓMEZ DE MERCADO, *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Derecho comunitario cit.* La situazione precedente alle recenti riforme è descritta in: F.G. GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario*, in *Noticias UE*, 178, 1997, (pp. 9 – 22), pp. 17-18.

¹⁶³ Ai sensi dell'art. 293 LOPJ, il TS è competente anche quando l'illecito gli sia direttamente imputabile.

¹⁶⁴ Tale principio è valido qualunque sia l'ambito di azione dell'amministrazione; può trattarsi dell'adempimento di un'obbligazione di mezzi o di risultati, il danno può essere stato prevedibile o meno, l'attività amministrativa può essere stata svolta a beneficio del soggetto danneggiato o in beneficio dell'Amministrazione o, ancora, per l'interesse pubblico.

¹⁶⁵ Inoltre, come sappiamo, la Corte di giustizia è costante nell'affermare che il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario.

caratteristiche, non sia interessato da tutte le criticità, proprie di quasi tutti gli ordinamenti europei, connesse al conflitto fra il principio di anti giuridicità soggettiva, tipica del regime interno di responsabilità dei pubblici poteri, e il regime fortemente oggettivizzato delineato dalla Corte di giustizia.

L'esistenza di un certo parallelismo fra i regimi di responsabilità spagnolo e comunitario è indubbia¹⁶⁶; tuttavia, se si passa a considerare il formante giudiziale, ci si accorge che anche nel regime spagnolo di responsabilità dei pubblici poteri sono presenti diversi elementi propri dei sistemi soggettivisti. Infatti, nel corso degli anni, i giudici spagnoli hanno quantomeno parzialmente corretto l'impostazione oggettivistica del modello di responsabilità della P.A.. In particolare, il TS, pur avendo sempre confermato la totale irrilevanza di criteri collegati alla colpa, ha, allo stesso tempo, fatto ricorso ad alcune teorie che propongono uno *standard* di attuazione esigibile, in modo da valutare la sussistenza dell'anormalità del comportamento e, pertanto, la responsabilità patrimoniale¹⁶⁷. In particolare, è stata ampiamente utilizzata la teoria del margine di tolleranza ("*margen de tolerancia*"), secondo la quale, quando l'amministrazione adotta una decisione complessa, che si presta ad interpretazioni diverse sulla legalità (o meno) del suo comportamento, il fatto che la decisione amministrativa sia, in un secondo tempo, annullata da un giudice, non implica necessariamente la responsabilità patrimoniale amministrativa e non rileva nemmeno che tale decisione abbia arrecato un danno ad un cittadino¹⁶⁸. I giudici hanno talvolta applicato tale criterio, in modo da non condannare l'amministrazione in caso di esercizio

¹⁶⁶ La dottrina spagnola, di conseguenza, segnala l'esistenza di un certo parallelismo fra i regimi di responsabilità spagnolo e comunitario, "*lo cual supondrá que los jueces nacionales al aplicar la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia estarán mucho más familiarizados con este tipo de demandas de indemnización*". Cit. da JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*, pag. 349.

¹⁶⁷ Tale tema è approfondito in L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pag. 214 e ss.

¹⁶⁸ L'applicazione della teoria del margine di tolleranza può implicare la necessità di un'illegalità qualificata; tale margine di tolleranza, criticabile in un sistema di responsabilità oggettiva, dovrebbe essere applicato, in nome del principio di equivalenza, negli stessi termini, sia che l'azione sia fondata sul diritto nazionale, sia che sia fondata sul diritto comunitario. Cfr. CARRILLO DONAIRE, LÓPEZ MENUDO e GUICHOT REINA, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos cit.*, pag. 369.

ragionevole, seppur scorretto, delle sue competenze, salvo, in altri casi, rigettarla esplicitamente, in nome dell'oggettività del sistema, strutturalmente refrattario a distinzioni di questo genere.

L'esistenza di un margine più o meno ampio di discrezionalità è un elemento che caratterizza i sistemi di responsabilità per colpa, presenti nella maggior parte degli ordinamenti nazionali e, in una certa misura, anche a livello comunitario. Viceversa, tale criterio appare difficilmente compatibile con un sistema in cui il diritto del soggetto danneggiato deve per definizione dipendere dal fatto di aver sofferto una lesione che non ha il dovere di sopportare, e non dal grado di diligenza dell'amministrazione o dall'oggettiva difficoltà di assumere la decisione adeguata¹⁶⁹.

In relazione all'illecito comunitario per fatto del giudice, l'imputazione del danno ha un carattere oggettivo, del tutto privo di ogni riferimento all'elemento psicologico del dolo, della colpa, della negligenza, ecc¹⁷⁰. Di conseguenza, elemento centrale è costituito dall'errore, in relazione al

¹⁶⁹ Per queste ragioni, il TS ha per lo più respinto la teoria del margine di tolleranza, per evidente contrarietà con l'art. 106 della Costituzione Spagnola, affermando, tuttavia, che in un sistema di responsabilità oggettivo, non è possibile prendere in considerazione elementi che affievoliscano la colpa dell'amministrazione, ma è invece possibile indagare la ragionevolezza dell'esercizio delle facoltà discrezionali in relazione non alla condotta dell'amministrazione, ma in relazione al concetto di lesione antigiuridica. Cfr. *Ibidem*, pag. 52.

¹⁷⁰ Questo, tuttavia, potrà essere rilevante ai fini della configurazione di altre forme di responsabilità, civile, penale o disciplinare. Infatti, a tale fattispecie sono applicabili i requisiti generali della responsabilità civile extracontrattuale, oltre alla *Ley Orgánica del Poder Judicial* e la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, che fanno espresso riferimento al dolo e alla colpa. I requisiti generali del regime comune di responsabilità extracontrattuale, applicati ai giudici, sono: l'esistenza di una condotta, attiva o omissiva, da parte del giudice, antigiuridica e colpevole; la produzione di un danno; la sussistenza di un nesso di causalità fra la condotta del giudice e il danno causato. In virtù del primo, secondo quanto disposto dall'art. 411 LOPJ e 266.1 e 403.2 LEC del 2000, sarà obbligato a risarcire il danno il giudice che nell'esercizio delle sue funzioni abbia posta in essere una condotta con dolo, ovvero con l'intenzione di produrre il danno. In virtù della seconda ipotesi, sarà altresì obbligato a risarcire il danno il giudice che nell'esercizio delle sue funzioni, abbia agito con colpa o negligenza, ovvero senza la dovuta diligenza. La dottrina si è interrogata circa il significato di tale requisito o, in altri termini, quale livello di diligenza deve essere richiesto al giudice nell'esercizio delle sue funzioni. Il fatto che la LEC negli artt. 266.1 e 403.2 equipari la colpa all'ignoranza inescusabile induce a ritenere che la legge stia facendo riferimento alla colpa grave. Tuttavia, l'ambiguità legislativa ha offerto ampio margine creativo alla giurisprudenza, e al TS in special modo. Tale giudice ha avuto modo di pronunciarsi esplicitamente, escludendo la colpa lieve come criterio di imputazione della responsabilità civile del giudice. Cfr. L. DELGADO DEL RINCÓN, *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial*, in *Revista del Poder Judicial*, 81, 2006, (pp. 11 - 49), pag. 18. Per una diversa opinione a tale riguardo, v. P. MORENILLA ALLARD, *Comentario al artículo 266*, in V. GIMENO SENDRA, *Proceso Civil Práctico*, tomo III, arts. 206 a 280, Madrid, 2001 (actualizado al 2005), (pp. 6 - 29).

quale la giurisprudenza si è sempre rivelata molto restrittiva. Infatti, sono sempre stati esclusi quegli errori di fatto o di diritto di non particolare gravità¹⁷¹.

Il principio su cui si regge il sistema spagnolo di responsabilità pubblica, secondo il quale, nell'ambito dei comportamenti formalizzati dell'amministrazione, qualsiasi violazione da cui derivi un danno dà diritto al risarcimento (nel caso che costituisca causa adeguata) è un aspetto estremamente rilevante a proposito della responsabilità per violazione del diritto comunitario. Infatti, se applichiamo tale principio all'illecito comunitario, possiamo concludere che la P.A. sarà tenuta a risarcire il danno in seguito a qualsiasi violazione del diritto comunitario, e a tal proposito è irrilevante che tale violazione possa essere qualificata, secondo i parametri indicati dalla Corte di giustizia, come "sufficientemente caratterizzata". Infatti, secondo il principio di equivalenza, devono essere applicate le condizioni previste in diritto interno, nel caso in cui siano più favorevoli rispetto ai presupposti previsti dal diritto comunitario.

¹⁷¹ Il *Consejo de Estado* (Sent. 13 maggio 1993) richiede "*una equivocación especialmente acentuada*". Il TS ha avuto modo di affermare che "*sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de un error judicial, pues este procedimiento no es una nueva instancia a la que acude el recurrente para insistir una vez más en el criterio y posición que le fue desestimado*" (Sent. Sala Especial, 8 maggio 1990, 2 dicembre 1991, 1 marzo 1996). Inoltre, trattandosi di una valutazione finalizzata ad un giudizio relativo ad un'azione risarcitoria, il TS richiede che l'errore sia suscettibile di arrecare il danno lamentato dall'attore.

Decadenza e prescrizione.

A proposito del termine per l'esercizio dell'azione, ci troviamo di fronte a diversi termini, corrispondenti al necessario doppio ricorso, prima amministrativo e poi giurisdizionale, davanti al giudice del contenzioso amministrativo.

Il termine per esercitare un'azione di responsabilità davanti all'amministrazione è di un anno a partire dalla produzione del fatto o dall'emanazione dell'atto da cui è derivato il danno o dal momento in cui l'effetto lesivo si è manifestato (art. 142.5 LRPAC e art. 293.2 LOPJ)¹⁷². Si tratta di un termine di prescrizione e non di decadenza, che può pertanto interrompersi in caso di eventuali transazioni, fra P.A. e danneggiato, sui fatti che sono stati all'origine del danno¹⁷³.

La dottrina ha dibattuto sulla brevità di tale termine, sensibilmente inferiore ai corrispondenti termini previsti dagli altri ordinamenti nazionali, nonché rispetto alla disciplina stabilita a livello comunitario¹⁷⁴. A tal proposito, si è dibattuto circa i rischi che un termine troppo breve può implicare in ordine al principio di non discriminazione, derivanti da una tanto evidente asimmetria fra discipline nazionali; tale dato di fatto, diventa particolarmente evidente quando il soggetto danneggiato intende tutelare una propria posizione giuridica derivante dalla cittadinanza comunitaria. Infatti, a seconda della nazionalità del soggetto pubblico autore dell'illecito, dovranno essere rispettati termini molto diversi, in relazione alla disciplina nazionale applicabile al caso concreto.

¹⁷² Tali leggi sono state riformate tramite la *Ley Orgánica 6/1998* e la *Ley 4/1999*. Negli ultimi anni il legislatore è nuovamente intervenuto riformando ampiamente la LOPJ attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 19/2003*, del 23 dicembre. Tuttavia, il termine per l'esercizio dell'azione è rimasto invariato, forse anche per mantenere un parallelismo con l'azione per ottenere un risarcimento nei confronti di soggetti privati, disciplinata dal *código civil* (art. 1969.2 cod. civ.).

¹⁷³ In termini generali, il termine per interporre ricorso contenzioso – amministrativo è di due mesi, a partire dal giorno successivo alla notificazione dell'atto o risoluzione che ponga fine alla via amministrativa, in caso di atti espliciti (art. 46.1 LJCA). Nel caso di atti presunti, il termine sarà di sei mesi a partire dal giorno successivo rispetto a quello di produzione dell'atto presunto (art. 46.1 LJCA). Per maggiori dettagli, v., fra gli altri, MORENO FERNÁNDEZ, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-legislador cit.*, pag. 212 e ss.

¹⁷⁴ Il tema è stato ampiamente approfondito nel corso del capitolo III.

In Spagna, in cui il termine è così breve, si è pertanto discussa l'opportunità di una riforma e di un allungamento del termine, cui si oppongono gli argomenti del pericolo per i principi fondamentali della certezza del diritto e dell'interesse pubblico. Tuttavia, parte consistente della dottrina sostiene che un ampliamento a tre anni non intaccherebbe detti principi e attenuerebbe le differenze che esistono rispetto agli altri ordinamenti europei¹⁷⁵.

Sotto il profilo del momento di decorrenza del termine, è necessario distinguere a seconda della funzione cui la violazione sia addebitabile. Nel caso in cui si tratti di responsabilità per atti o omissioni legislative, il termine annuale decorre a partire dal momento della produzione del danno, sia che derivi dall'applicazione di una legge contraria al diritto comunitario, sia che dipenda da un mancato recepimento di direttiva¹⁷⁶. In questo caso, i profili di criticità dipendono dal mancato parallelismo con l'illecito costituzionale. Infatti, come noto, qualsiasi giudice può dichiarare l'incompatibilità di una legge con il diritto comunitario, ma nessun giudice la può annullare. Per cui, mentre è pacifico che la responsabilità per illecito costituzionale sorge dal momento della pubblicazione della sentenza che sancisce l'incostituzionalità della legge, nel caso di illecito comunitario, *“los particulares que sufran daños indemnizables derivados de una actuación u omisión legislativa contraria al Derecho comunitario van a poder reclamar la indemnización desde el momento en que sea efectivo el daño hasta transcurrido un año desde que el Juez comunitario o los Tribunales españoles declaren con sentencia firme la existencia de un incumplimiento comunitario que es imputable a un Legislador español”*¹⁷⁷. La dottrina suggerisce, dunque, che il termine annuale

¹⁷⁵ Cit. J.L. MUGA MUÑOZ, *El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa*, in *Revista de Administración Pública*, 152, mayo – agosto 2000, (pp. 167 - 179), pag. 178 - 179.

¹⁷⁶ Segnaliamo che dietro a tale formula si celano diverse ipotesi. Infatti, se si tratta di una legge che produce immediatamente i propri effetti, il termine decorrerà a partire dall'entrata in vigore della disciplina; se invece la legge, per esplicare i propri effetti, necessita di un ulteriore atto di applicazione, il termine decorrerà dal momento in cui tale atto, giudiziario o amministrativo, è stato emesso. Tale principio, tra l'altro, risulta del tutto coerente con la regola secondo cui, nel caso di responsabilità per atti amministrativi, il termine annuale decorrerà dalla data di emissione dell'atto.

¹⁷⁷ Cit. da R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, CEDECS, Barcelona, 2001, pag. 608. Questa opinione si fonda sul fatto che, in base al principio di

decorra a partire dalla produzione del danno; nel momento in cui il danno sia permanente, tale momento coinciderà con il fatto che ha causato il danno. Nel caso di danni continuati, la prescrizione decorre dal momento della cessazione degli effetti lesivi; questo principio è stato alla base di molti dibattiti dottrinali e al centro di numerose controversie¹⁷⁸. A tal proposito, appare condivisibile l'opinione secondo la quale, perché un danno sia continuato, è necessario che il danneggiato lo stia effettivamente subendo, nel senso che non si può considerare come condotta dannosa quella che, anche se si prolunga nel tempo, ha smesso di interessare il soggetto in un momento determinato¹⁷⁹.

Nel caso di illecito comunitario imputabile ad organo giurisdizionale, il termine di un anno comincia a decorrere dalla decisione che riconosca l'errore giudiziario¹⁸⁰. A tal proposito, l'unico profilo problematico, che non ha ancora ricevuto adeguata soluzione, riguarda la possibilità che il *dies a quo* coincida sempre con il giorno della notifica della sentenza errata o se

equivalenza, gli ordinamenti nazionali non possono offrire alle posizioni fondate sul diritto comunitario un tutela inferiore rispetto alle corrispondenti posizioni giuridiche fondate sul diritto nazionale.

¹⁷⁸ Si tratta di una questione estremamente delicata, la cui valutazione si è rivelata non di rado decisiva ai fini del rigetto o meno della domanda di risarcimento. Si pensi alla già citata *Audiencia Nacional* del 7 maggio 2002, in cui l'Avvocato di Stato sostenne che dovessero essere rigettate tutte le domande proposte dai soggetti che avevano concluso i rispettivi contratti prima del 18 febbraio 1998, ovvero un anno prima rispetto al ricorso al CdM. Gli attori sostenevano, invece, che si trattasse di danni continuati, poiché i venditori avevano continuato a pretendere l'esecuzione dei contratti, poiché i contratti erano ancora in vigore. E quindi l'attività dannosa non era cessata. Per cui, contestavano la prescrizione dei diritti in capo ai soggetti che avevano stipulato i contratti prima di quella data. A tal proposito, il giudice applicò la regola di diritto comune, secondo cui il *dies a quo* coincide con il momento di produzione del fatto o atto su cui sia fondato il ricorso nel quale si manifesti l'effetto lesivo, e identificò l'effetto dannoso con il momento della stipula dei contratti.

¹⁷⁹ A tal proposito, v. F. REGLERO CAMPOS, *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, in REGLERO CAMPOS F., *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2003, (pp. 585 – 591). L'autore segnala opportunamente che la categoria dei danni continuati non può essere trattata unitariamente, e che, ai fini della determinazione del *dies a quo* è necessario distinguere fra danni continuati collegati ad una sola e istantanea attività dannosa e i danni che sono connessi ad un'attività continuata. Nel primo caso, il termine deve cominciare a decorrere dal momento in cui il soggetto danneggiato è al corrente dell'avvenuto danno; nel secondo caso, il periodo decorrerà dal momento in cui l'attività dannosa cessa o quando il danno è giunto al suo massimo grado. Tuttavia, nel caso sia possibile collocare le porzioni della sequenza dannosa entro determinati spazi temporali, il termine decorre dal momento in cui termina ciascuno dei periodi di tempo presi in considerazione. Nel testo sono disponibili numerosi esempi e riferimenti alla giurisprudenza.

¹⁸⁰ Il termine per l'esercizio del ricorso amministrativo si prescrive in un anno. L'art. 40.3 della *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* si riferisce alla decadenza, ma il TS ha sempre fatto riferimento alla prescrizione del termine.

si possa considerare che decorra a partire dalla pubblicazione di una posteriore sentenza della Corte di giustizia che ravvisi la sussistenza di tale errore.

L'individuazione del legittimato passivo.

Come più volte accennato, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, spetta a ciascuno degli Stati membri tutelare i singoli che siano stati danneggiati dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella su cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento¹⁸¹.

Per cui, un elemento fondamentale nell'analisi della figura in prospettiva di diritto interno consiste nell'imputazione del danno causato, ovvero nell'individuare quale ente pubblico dovrà rispondere dal punto di vista patrimoniale dei danni conseguenti ad una violazione del diritto comunitario¹⁸².

Come precedentemente accennato, l'ordinamento spagnolo appare come esempio paradigmatico del cd. "decentramento della responsabilità per violazione", che implica che qualsiasi ente pubblico debba rispondere dei danni cagionati nell'esercizio delle sue competenze¹⁸³. Tuttavia, in Spagna, l'applicazione di tale principio è caratterizzata da non poche

¹⁸¹ Ci riferiamo al par. 62 della Sentenza Könle, in cui la Corte di giustizia aggiunge: "Uno Stato membro non può pertanto far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo".

¹⁸² Fondamentalmente, si tratta di determinare contro quale soggetto debba agire il cittadino danneggiato dalla violazione del diritto comunitario e, sotto un altro profilo, quando si debba rivolgere contro lo Stato, contro le CC.AA. o contro gli altri enti locali. A proposito dell'imputazione del danno in senso orizzontale fra funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria, si pongono diverse questioni di rilievo.

¹⁸³ Cfr. JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales cit.*, pag. 355. Da ciò deriva logicamente quanto disposto dall'art. 9.5 LOPJ, ai sensi del quale chi agisce nei confronti dell'Amministrazione, deve agire anche nei confronti del terzo soggetto privato che abbia concorso alla produzione del danno, secondo la disciplina e davanti ai giudici contenzioso-amministrativi, indipendentemente dalla natura dell'attività o del rapporto che collega il danneggiato con il soggetto terzo. Tale elemento sarà ripreso in tema di nesso di causalità.

incertezze, dovute alla mancanza di specifici precetti normativi relativi a diverse fattispecie¹⁸⁴.

Nel caso di illecito comunitario imputabile all'amministrazione, gli unici elementi problematici sono connessi al già trattato tema del decentramento della funzione amministrativa fra Stato, CC.AA. ed entità locali.

Maggiori profili di incertezza caratterizzano l'illecito comunitario collegato all'attività normativa. In questo caso la giurisprudenza, seguendo un indirizzo sostenuto anche dalla dottrina, afferma che il soggetto debba rivolgersi al CdM, in quanto organo competente ad assumere l'iniziativa legislativa e, in particolare, ad inviare i progetti di legge al Parlamento per la relativa discussione e definitiva approvazione¹⁸⁵. Maggiori questioni solleva il caso in cui la violazione del diritto comunitario sia imputabile alla potestà regolamentare del Governo, che si concretizza nell'emanazione di regolamenti dal contenuto normativo da parte dell'amministrazione, in esecuzione di leggi approvate dal Parlamento. In un caso di questo genere, la soluzione circa l'imputazione dipende dall'ampiezza della remissione operata dalla legge al regolamento¹⁸⁶; nel caso in cui l'Amministrazione proceda ad una mera applicazione della legge, senza alcun margine di discrezionalità circa il contenuto della normativa, risponderà esclusivamente il legislatore, perché non esiste nesso di causalità fra danno e comportamento dell'amministrazione¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Si pensi all'ipotesi di mancato recepimento di direttive comunitarie. Infatti l'articolo 139.3 LPC, regola effettivamente la responsabilità per atti del potere legislativo, ma niente stabilisce nel caso di una sua condotta omissiva. La soluzione, in mancanza di un intervento legislativo, viene offerta dalla giurisprudenza dell'AN e del TS, non molto frequente ma sostenuta dalla dottrina. Nonostante la difficoltosa applicazione dell'art. 139.3 LPC, saranno applicabili in quanto compatibili con la giurisprudenza comunitaria le altre disposizioni contenute nell'art. 139 e ss. LPC e nel *Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo*.

¹⁸⁵ La conclusione sarà analoga nel caso in cui la violazione sia connessa all'approvazione o al mantenimento in vigore di un atto avente forza di legge.

¹⁸⁶ *"Solamente responderá la Administración si el desarrollo reglamentario que hace viola los derechos legalmente establecidos o si con su pasividad, no aprobando el reglamento que le impone la ley, impide a los particulares el disfrute efectivo de estos derechos"*. Cit. da GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador cit.*, pag. 590. Tale criterio è stato più volte applicato dal *Tribunal Supremo* nel giudicare le controversie sorte a seguito dell'entrata in vigore del Real Decreto 645/1988, del 24 giugno, a proposito della distanza minima fra distributori di benzina.

¹⁸⁷ Tale soluzione trova anche in Spagna dei sostenitori che, sulla scorta di altre esperienze, quali quella francese, affermano che sarebbe preferibile ridurre il più possibile le ipotesi di responsabilità del legislatore, con speculare ampliamento della

È possibile applicare lo stesso criterio ai casi di applicazione della legge da parte di un organo giurisdizionale. Infatti, può succedere che l'effetto lesivo si concretizzi solamente nel momento in cui la legge sia applicata da un giudice; anche in questo caso, ai fini del giudizio circa l'imputazione del danno derivante dall'applicazione della legge, sarà decisiva la porzione di discrezionalità del giudice nell'adozione delle misure che hanno avuto ripercussioni negative sulla sfera giuridica del soggetto danneggiato.

Altra questione che coinvolge il tema della legittimazione passiva, attiene alle ipotesi di atti amministrativi di applicazione di legislazione anticomunitaria. Nel caso in questione, il problema riguarda la possibilità di agire nei confronti del legislatore o della P.A.. Se si tratta di applicazione di una norma statale da parte di un'amministrazione statale, la questione riguarderà l'individuazione dell'organo dinanzi al quale proporre ricorso gerarchico. Se invece si tratta di applicazione di una norma statale da parte di un'amministrazione locale, la risoluzione del problema dipenderà anche dal soggetto pubblico che dovrà fare concretamente fronte al risarcimento.

Nesso di causalità. Caso fortuito e forza maggiore.

In un regime di responsabilità oggettiva quale quello spagnolo, il nesso di causalità costituisce elemento cruciale non solo in quanto presupposto della responsabilità, ma anche in vista dell'accertamento della sussistenza di altri requisiti. Per cui, si tratta di uno strumento propizio per risolvere altre questioni o elementi del sistema, poiché la dimostrazione di tale nesso non è solo fondamentale ai fini dell'accoglimento della domanda, ma permetterà di trascurare l'esame di altri elementi che in principio dovrebbero essere trattati indipendentemente, quali il funzionamento

categoria della responsabilità dell'amministrazione. A tal proposito, v. G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, in J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1998, (pp. 1067-1217) pag. 1208 e ss.; T. QUINTANA LÓPEZ, *La Responsabilidad del Estado Legislador*, in *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, (pp. 103 - 147), pag. 135.

normale o anormale dell'amministrazione, i problemi di imputazione e l'esistenza o meno di un caso fortuito. Al di là delle forzature che hanno interessato l'applicazione di tale nesso, non c'è dubbio che l'analisi della relazione causale spesso chiarisca oggettivamente anche altre questioni che concorrono in tema di responsabilità.

Secondo una giurisprudenza consolidata, la possibilità di individuare la responsabilità amministrativa si fonda sull'esistenza di una causalità indiretta o "*adecuada*", sia che si tratti di un comportamento attivo o di un comportamento omissivo¹⁸⁸. Il nesso di causalità può essere interrotto nelle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore che, a differenza di altri ordinamenti, non trovano una netta distinzione nella giurisprudenza, né civile, né amministrativa¹⁸⁹. La giurisdizione civile li utilizza indistintamente, poiché le conseguenze giuridiche sono le medesime, in conseguenza del fatto che la prevedibilità del danno, e, in tal caso, la sua evitabilità, costituiscono un elemento fondamentale dai contenuti giuridici unitariamente definiti. Nel sistema amministrativo, invece, la distinzione diventa decisiva, poiché solo la forza maggiore è causa di esclusione della responsabilità. In realtà la giurisprudenza contenzioso-amministrativa (così come quella "*de lo social*"), a differenza di quella civile (che talvolta distingue i due concetti nel senso che rientrano nel caso fortuito i danni imprevedibili ma evitabili, e nella forza maggiore i danni evitabili), distingue i danni provenienti da fattori esterni alla sfera di azione dell'amministrazione (forza maggiore) rispetto ai danni provenienti dall'interno, che costituiscono ipotesi di caso fortuito. In definitiva, la sussistenza di una causa di forza maggiore nella produzione del danno esclude la responsabilità amministrativa; ciononostante, tanto il suo apprezzamento quanto le sue conseguenze sono caratterizzate da una certa vaghezza¹⁹⁰. Malgrado la sussistenza di tali elementi di ambiguità

¹⁸⁸ A tal proposito, v. STS del 28 ottobre 1998, Ar. 8420.

¹⁸⁹ Il *código civil*, art. 1105, si limita a stabilire: "*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*".

¹⁹⁰ A dimostrazione dell'impossibilità di pervenire ad un concetto definito di forza maggiore, apportiamo i seguenti esempi. Il *Consejo de Estado* definisce la forza maggiore come "*causa extraña al objeto dañado, excepcional e imprevisible o que de haberse podido prever fuera inevitable*". D'altra parte, nella STS del 3 novembre 1998, è definita come "*acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de*

circa il concetto di forza maggiore, e la mancanza di una precisa linea di confine con quello di caso fortuito, la giurisprudenza già da diversi anni ha adottato un orientamento secondo il quale, in un caso di forza maggiore concorrente con un funzionamento anormale dei servizi pubblici, è possibile condannare il soggetto pubblico al risarcimento del danno, ma operando una diminuzione del *quantum* del risarcimento in proporzione al grado di intensità della prima¹⁹¹.

In tema di rottura del nesso causale, bisogna ancora fare riferimento al caso in cui il danno sia totalmente o parzialmente attribuibile alla condotta dello stesso soggetto danneggiato. Una tale ipotesi è disciplinata dall'art. 295 della LOPJ, ai sensi del quale "*en ningún caso habrá lugar a indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado*". In questo modo, i giudici possono limitare il risarcimento del danno, a seguito di una valutazione circa la compensazione dell'illiceità della condotta dell'amministrazione con l'imputabilità del danno al comportamento del soggetto che ha esercitato l'azione di risarcimento¹⁹². Tuttavia, è probabile che il giudice, nel caso dell'illecito comunitario, tenda a non applicare troppo rigidamente tale norma, in considerazione del fatto che la normativa comunitaria tende perlopiù a tutelare le posizioni giuridiche soggettive rispetto alle condotte dei pubblici soggetti¹⁹³.

diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito". D'altra parte, la STS dell'11 maggio 1999 afferma che "*tanto fuerza mayor como caso fortuito exigen inevitable e imprevisible, la diferencia está en la externidad de la fuerza mayor*".

¹⁹¹ Questo orientamento è stato oggetto di aspre critiche perché, nel caso in cui venisse provata l'inevitabilità del danno anche a fronte di un funzionamento normale, risulterebbe illogico che l'amministrazione, in caso di funzionamento anormale, sia tenuta a risarcire il danno. Ovviamente, tale ragionamento andrebbe corretto nel momento in cui si dimostri che il funzionamento anormale abbia contribuito ad aggravare l'entità dei danni conseguenti all'evento causato dalla forza maggiore. Stessa soluzione può essere attuata nel caso in cui il danno derivi anche dal comportamento di un terzo soggetto privato. A tale ipotesi abbiamo fatto riferimento nella sezione dedicata al legittimato passivo.

¹⁹² Ovviamente, nel caso in cui il danno sia imputabile interamente alla condotta del soggetto danneggiato, il giudice potrà giungere anche a negare qualsiasi forma di risarcimento. SSTs del 12 maggio 1982 e del 28 gennaio 1993. A proposito della c.d. "*compensación de culpas*", v. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 446 – 470.

¹⁹³ A tal proposito, v. La sentenza della AN circa la multiproprietà, in cui il giudice si discostò platealmente dalla posizione sostenuta dall'Avvocato di Stato, secondo il quale la responsabilità dello Stato era attenuata dal comportamento degli attori, che risultava

La determinazione del danno risarcibile e la sua quantificazione.

A proposito dell'estensione dell'obbligo di risarcimento, è applicabile l'articolo 139.1 LPC che si riferisce a "*toda lesión*", ovvero proclama un principio di riparazione integrale che la giurisprudenza nazionale ha spesso sottolineato, e che comprende i danni relativi sia ai beni sia a qualsiasi posizione giuridica di vantaggio, ivi compresi, ovviamente, gli interessi legittimi.

Secondo l'art. 292 della LOPJ, lo Stato risponde dei danni a "*cualesquiera bienes y derechos*", con terminologia analoga rispetto all'art. 106.2 della Costituzione e agli art. 121 della *Ley de expropiación forzosa* e 40 della *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*. Per cui, rientrano nei danni risarcibili sia il danno emergente che il lucro cessante¹⁹⁴; inoltre, sono risarcibili i danni morali, così come i danni per perdita di *chance*.

A tal proposito, la teoria della perdita di *chance* è stata utilizzata per graduare la responsabilità dell'amministrazione, riconoscendola solo nella misura della probabilità che la condotta conducesse alla perdita del beneficio sperato¹⁹⁵. Questa ha condotto i giudici ad accordare un risarcimento in proporzione alla probabilità che il danneggiato avrebbe sofferto il danno anche in caso di condotta lecita dell'amministrazione¹⁹⁶.

È però necessario che i danni siano effettivi, valutabili economicamente e riferibili ad uno o più soggetti (art. 139.2 LPC). Il danno deve essersi realmente prodotto, pertanto non è sufficiente che si possa produrre in futuro.

Il risarcimento del danno può essere realizzato anche in forma specifica o a rate, nel caso in cui il giudice lo ritenga lo strumento più adeguato per la

contrario ai principi di buona contrattazione, dal che discendeva una richiesta di riduzione del risarcimento al 50 per cento delle somme reclamate. Per un commento a tale riguardo, v. OLIVA BLÁZQUEZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado Español frente a particulares por incumplimiento de la obligación cit.*, pag. 263.

¹⁹⁴ SSTs, 22 novembre 1985 e 5 dicembre 1997.

¹⁹⁵ Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

¹⁹⁶ SSTs, 25 febbraio 2004, 22 giugno 2005, 23 giugno 2005. Il legislatore ha applicato tale teoria approvando l'art. 63 della Legge 48/1998, del 30 dicembre, relativa alla mancata possibilità di guarigione o miglioramento dello stato di salute.

compensazione del danno, sempre che l'interessato sia d'accordo (art. 141.4 LPC). Il risarcimento in forma specifica può essere integrato da un risarcimento per equivalente nel caso in cui questa sia necessaria per compensare il danno nella sua totalità (STS, 2 febbraio 1980).

CAPITOLO VI. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN ITALIA.

Introduzione.

Tradizionalmente l'Italia è un paese poco diligente nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione Europea, per cui le azioni risarcitorie per violazione del diritto comunitario nei confronti dello Stato italiano (o di una delle sue articolazioni), così come le procedure di infrazione promosse dalla Commissione europea, sono relativamente abbondanti¹. L'illecito comunitario è stato, peraltro, oggetto di grande attenzione da parte della dottrina italiana, poiché, in mancanza di specifici interventi legislativi, la giurisprudenza (di merito e di legittimità) ha offerto interpretazioni creative, non prive di ambiguità e contraddizioni.

In prima approssimazione, possiamo affermare che l'illecito comunitario viene applicato nel nostro ordinamento tramite la disciplina di diritto comune della responsabilità extracontrattuale, regolata dall'art. 2043 c.c.². Tale soluzione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica: come vedremo, le corti italiane si sono più volte pronunciate in termini anche apertamente contrari (si pensi, in particolare, all'illecito imputabile alla condotta del legislatore³), e, al contempo, anche nelle ipotesi in cui l'applicazione della disciplina alla responsabilità extracontrattuale è indubbia, gli intrecci fra ordinamento

¹ A tal proposito, v. P. NICOLAIDES, H. OBERG, *The Compliance Problem in the European Union*, in *EIPASCOPE*, 1, 2006, (pp. 13 - 19), pag. 15. Secondo i dati riportati nella tabella 1, l'Italia appare, insieme alla Francia, come lo Stato meno diligente, poiché davanti alla Corte di giustizia pende nei confronti dello Stato italiano il 14% del totale delle procedure di infrazione (dati aggiornati al 2004).

² Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)".

³ Le Sezioni Unite della Cassazione hanno esplicitamente dichiarato che il risarcimento dovuto al soggetto danneggiato a seguito di mancato o tardivo recepimento di direttiva comunitaria non è inquadrabile nella disciplina della responsabilità extracontrattuale, ma si tratta di un'obbligazione *ex lege*.

italiano e paradigma comunitario sono contrassegnati da profili problematici di grande rilievo⁴. Prima di approfondire le soluzioni applicative dell'illecito comunitario riferite alle diverse funzioni e articolazioni dello Stato italiano nonché i fenomeni di contaminazione degli istituti processuali nazionali conseguenti al dialogo fra le corti nazionali e i giudici comunitari⁵, passiamo in rassegna le sentenze delle corti nazionali più significative in tal senso.

⁴ I giudici italiani sono i secondi in assoluto per numero di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia (896) (i primi sono i giudici tedeschi con 1542 rinvii). Dati riportati in L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 447 - 461), pag. 449, che rinvia alle statistiche pubblicate sul sito ufficiale della Corte di giustizia, che si riferiscono agli anni fino a tutto il 2006. In termini più generali, riteniamo condivisibile l'opinione secondo cui "se l'Italia non fosse uno degli Stati membri dell'Unione Europea, il diritto comunitario sarebbe senz'altro meno sviluppato di quello che è. Questo non certo perché il diritto italiano abbia fornito i modelli sui quali si è plasmato l'ordinamento comunitario (per questo, di volta in volta, ci sono la Francia, la Germania, il Regno Unito, e a volte i Paesi bassi o quelli scandinavi). No, l'Italia ha fornito alla Corte di giustizia alcune fondamentali occasioni ed opportunità per sviluppare il diritto comunitario e renderlo più stringente rispetto a Stati membri recalcitranti o, e forse il più delle volte, semplicemente ignavi". Cit. da R. CARANTA, *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006, (pp. 2386 - 2395), pag. 2386.

⁵ Oltre ai contributi già segnalati, v. M. LOMBARDO, *Il principio di leale collaborazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 469 - 497), pag. 493.

Sentenze.

Le sentenze dei giudici di merito in relazione al caso Francovich⁶.

Il caso Francovich non ha solamente offerto l'opportunità per avviare la progressiva costruzione dell'illecito comunitario a livello sopranazionale; infatti, la stessa controversia, proposta davanti al Pretore di Pistoia, ha dato avvio al parallelo percorso all'interno dell'ordinamento italiano. Come noto, si tratta di un caso relativo ad una domanda di risarcimento promossa nei confronti dello Stato italiano per mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE, relativa alla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.

In seguito alla ben nota pronuncia della Corte di giustizia⁷, il legislatore italiano è intervenuto espressamente per porre rimedio ai danni derivanti ai singoli da tale violazione: pertanto, con il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80⁸, ha recepito la direttiva in questione e, al contempo, ha disciplinato i procedimenti che i singoli cittadini avrebbero dovuto attivare per far valere il loro diritto al risarcimento del danno in esecuzione della sentenza del giudice comunitario⁹. In questo modo, pertanto, il legislatore italiano ha

⁶ *Pretura di Pistoia, 20 ottobre 1992, in Giust. Civ., 1993, I, 301.* A tal proposito, ricordiamo che il Pretore di Bassano del Grappa, che aveva proposto la questione pregiudiziale cui seguì la sentenza della Corte di giustizia Francovich – Bonifaci, con sentenza 3 agosto 1992, aveva rigettato la domanda per motivi di ordine processuale.

⁷ Per un approfondimento relativo alla pronuncia della Corte di giustizia, rinviamo al capitolo II.

⁸ In Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 36 del 13 febbraio 1982, suppl. ord. A tal proposito facciamo notare, che l'inadempimento dello Stato italiano, accertato dalla Corte di giustizia con sentenza del 2 febbraio 1989 in causa n° 22/87, Commissione c. Italia (in *Raccolta*, 1989, pag. 143), si è protratto fino al momento dell'approvazione del decreto.

⁹ Più precisamente, "il legislatore italiano ha riconosciuto ai lavoratori dipendenti il diritto ai crediti di lavoro non corrisposti dal datore di lavoro divenuto insolvente, e ha posto i relativi oneri a carico di un fondo di garanzia gestito dall'Inps. Ha stabilito poi le modalità di intervento del fondo di garanzia nei casi in cui lo stato di insolvenza sia intervenuto successivamente all'entrata in vigore del decreto e, ciò che più ci interessa, ha riconosciuto al lavoratore la possibilità di ottenere "un'indennità" per danni derivanti dalla mancata attuazione della direttiva n° 80/987/CEE". Cit. da S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, (pp. 689 - 720), pag. 693.

espressamente disciplinato, seppur in relazione a una specifica ipotesi, le conseguenze in termini patrimoniali di una violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato italiano¹⁰.

Il decreto, oltre a predisporre, in attuazione della direttiva, un fondo di garanzia gestito dall'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (di seguito, Inps) per la tutela dei crediti, assicurava ai dipendenti già danneggiati dall'insolvenza del proprio datore di lavoro, prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, un'indennità per la riparazione dei danni derivanti dal mancato recepimento della direttiva¹¹. A tal proposito segnaliamo che il legislatore, al momento di disciplinare il procedimento di riparazione del danno, ha utilizzato un *escamotage* linguistico che molto ha influito sul processo di costruzione della figura di illecito comunitario nel suo complesso, preferendo alla denominazione di "risarcimento" quello, sicuramente meno compromettente, di "indennità". Riservandoci di tornare su questa questione, segnaliamo che tale terminologia denota una prima importante resistenza municipale all'applicazione dell'illecito comunitario. Infatti, benché non vi siano sostanziali differenze per quanto concerne il risultato (ovvero il ristoro economico dei soggetti danneggiati), sotto un profilo teorico-giuridico, l'utilizzo della seconda nozione assicura l'effetto utile del diritto comunitario tramite la compensazione del danno sofferto, ma al contempo non configura una vera e propria "responsabilità giuridica" da attività legislativa, da cui far sorgere pretese risarcitorie in capo ai privati¹². Tale espediente, lungi dall'essere conseguenza di un *lapsus*, è stato individuato dalla dottrina come il tentativo del legislatore nazionale di difendere il tradizionale principio secondo cui l'attività legislativa non può costituire condotta condannabile in termini patrimoniali, senza, al contempo, porsi in una posizione di conflitto rispetto alle sentenze del giudice comunitario¹³.

¹⁰ Il D.Lgs. n° 80/1992 è oggetto di analisi in G. ZAMPINI, *Direttiva comunitaria 80/987 inattuata e risarcimento del danno: prescrizione del diritto*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3, 2003, (pp. 265 - 270).

¹¹ Indennità da richiedersi con specifica azione entro un anno dall'entrata in vigore del decreto V. D.Lgs. n° 80/1992, art. 2 comma 7.

¹² Tale elemento sarà ripreso nel corso della trattazione.

¹³ Come vedremo, peraltro, non si tratta di una pronuncia episodica, ma di un orientamento che la Corte di Cassazione ha riaffermato più volte, anche in epoca recentissima.

Tale testo legislativo si è in realtà segnalato più per le sue lacune che per la sua organicità: infatti, oltre a non chiarire la questione della natura della tutela garantita ai singoli, ha trascurato alcuni elementi centrali, quali l'individuazione del giudice competente a conoscere della domanda (e del legittimato passivo) o le modalità per assicurare il rispetto del requisito di adeguatezza che la Corte di giustizia ha preteso per il risarcimento dei danni subiti in caso di inadempimento statale di un obbligo comunitario.

A proposito dell'individuazione del giudice competente, in mancanza di specifica disposizione legislativa, il Pretore ha sostenuto la propria competenza funzionale inderogabile in funzione di giudice del lavoro, richiamando l'art. 409 c.p.c., poiché “la *causa petendi* trova il suo antecedente logico ed imprescindibile nel rapporto di lavoro, che la legge riserva alla cognizione esclusiva del giudice del lavoro”¹⁴.

A proposito della natura del ristoro economico accordato ai soggetti danneggiati, la fattispecie è stata ricondotta nell'ambito della responsabilità aquiliana (ex art. 2043 c.c.). I giudici di merito, peraltro, hanno dimostrato grande attenzione nei confronti delle istanze comunitarie, affermando che la pretesa risarcitoria trovava il proprio fondamento direttamente nel diritto comunitario e che il giudizio interno aveva la funzione di mero accertamento dell'entità del danno¹⁵. Il giudice interno si è pertanto posto in linea di continuità con il giudice comunitario e, di conseguenza, ha dichiarato la sussistenza dell'obbligo risarcitorio in capo allo Stato, e non all'Inps, che altro non era se non il gestore del fondo di garanzia nonché il soggetto tenuto al pagamento delle indennità in base al d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80¹⁶.

¹⁴ Come vedremo fra breve, tale orientamento, secondo cui, ai fini dell'individuazione del giudice competente, bisogna fare riferimento alla natura della posizione giuridica tutelata dalla normativa comunitaria, ma non garantita dall'ordinamento interno, è stato in un secondo tempo superato.

¹⁵ Più precisamente, il giudice ha stabilito che la normativa interna disciplina i limiti quantitativi del danno risarcibile, oltre ad elementi attinenti alla proposizione dell'azione, quali il termine di prescrizione, l'individuazione del *dies a quo*, ecc.

¹⁶ Fondandosi su questo presupposto, il giudice ha affermato che una diversa soluzione a proposito della determinazione del soggetto passivo dell'obbligo risarcitorio sarebbe apparsa “fuorviante ed incoerente con il sistema”, poiché avrebbe contraddetto le statuizioni del giudice comunitario. Tale soluzione non era affatto scontata. Il dubbio consisteva nell'interrogativo se dei danni derivanti dalla ritardata attuazione della direttiva e garantiti dal d.lgs. n° 80/92 dovesse rispondere lo Stato in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri o se, invece, se ne dovesse fare carico il fondo di garanzia gestito

Dall'analisi di questo primo caso emergono alcune questioni fondamentali che caratterizzano i profili applicativi dell'illecito comunitario, e, al contempo, si desume la diversità di orientamento che per lungo tempo ha caratterizzato l'orientamento, rispettivamente, dei giudici di merito e di legittimità. Infatti, l'impostazione mantenuta dal Pretore, a proposito del legittimato passivo, è stata smentita sia dalla Corte Costituzionale¹⁷ sia dalla Corte di Cassazione¹⁸, che in via interpretativa hanno ricavato la legittimazione passiva dell'Inps. Più in generale, la Suprema Corte fino a pochi anni fa si è pronunciata in termini opposti, rispetto ai giudici di merito, a proposito della natura della tutela garantita ai singoli a seguito di una violazione statale del diritto comunitario¹⁹. Come vedremo nel prosieguo della trattazione, infatti, la Corte di Cassazione, fino a pochi anni fa, ha apertamente respinto l'orientamento, condiviso dai giudici di merito, circa l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. al caso della violazione del diritto comunitario riferibile all'attività legislativa²⁰. Nel prosieguo della trattazione, approfondiremo le argomentazioni addotte a sostegno di tale tesi²¹.

dall'Inps. A tal proposito, infatti il decreto non ha dato risposta, perché da una parte ha attribuito espressamente al fondo gestito dall'Inps il pagamento dei crediti di lavoro garantiti dalla direttiva ai dipendenti di un'impresa in stato di insolvenza, e dall'altra, niente ha stabilito in relazione al pagamento dell'indennità spettante per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva.

¹⁷ Corte Cost., sentenza del 16 giugno 1993 n°285, nota 18. In senso conforme v. anche Corte Cost., sentenza del 31 dicembre 1993 n°512, in Foro It., 1994, I, c. 316.

¹⁸ V. Cass. del 19 luglio 1995 n°7832, Repubblica italiana c. Augello e a., in Fall. e Proc. Conc., 1996, pag. 137; Cass. del 9 settembre 1995 n° 9547, Repubblica italiana c. Menchetti e a., in Giust. Civ., 1996, I, pag. 1383, con nota di M. Franco; Cass. dell'8 marzo 1996, n° 1860, Repubblica italiana c. Innocenti, in Gius. 1996, pag. 1508; Cass. dell'8 marzo 1996, n° 1864, Repubblica italiana c. Savelli, in Fall. e proc. conc., 1996, pag. 1183; Cass. del 27 marzo 1996 n°2750, Repubblica italiana c. Trinci, in Fall. e proc. conc., 1996, pag. 981, in Gius. 1996, pag. 1654.

¹⁹ A tal proposito, come abbiamo visto nel terzo capitolo, il giudice nazionale deve operare una valutazione comparativa fra il mezzo di tutela utilizzato per far valere la responsabilità dello Stato e altre forme di tutela previste dall'ordinamento interno per ricorsi analoghi.

²⁰ Tale orientamento è stato confermato dalla Corte Costituzionale che, pur non facendo espresso riferimento all'art. 2043 c.c., ha affermato la natura risarcitoria dell'indennità.

²¹ Per ora ricordiamo le sentenze significative a tale proposito: Cass. del 9 settembre 1995 n° 9547, cit. *supra*, nota 24; Cass. del 19 luglio 1995 n° 7832; Cass. del 10 novembre 1995, n°10617, Gov. Italia c. Mariotti, in Foro It., 1996, I, pag. 503, con nota di SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.*; in Mass. Giur. Lav., 1996, pag. 193, con nota di R. Sasso; in Resp. Civ. e prev., 1996, pag. 309, con nota di R. Caranta; Cass. del 18 gennaio 1997, n° 511, in Mass. Giur. Lav., 1997, pag. 569, con nota di R. Sasso; Cass. Del 9 gennaio 1997 n°133, Inps c. Campanelli, in Foro It., 1998, I, c. 1469, con nota di G. Ricci; Cass. del 10 febbraio

Il caso Francovich al vaglio della Corte di Cassazione. La sentenza della Cassazione, sez. lavoro, 11 ottobre 1995.

La prima delle sentenze della Corte di Cassazione a proposito del caso Francovich risale al 1995²². In via principale, la Corte si è occupata della questione della legittimazione passiva e, uniformandosi all'orientamento della Corte Costituzionale²³, ha individuato nell'Inps il soggetto obbligato al pagamento, in forza dell'art. 2, comma 7 del d.lgs. 80/97²⁴. In via incidentale, il giudice ha svolto poi ulteriori considerazioni relative alla applicazione dell'illecito comunitario in diritto interno e, a tal proposito, ha negato la configurabilità di un'azione ex art. 2043 c.c.²⁵, affermando che "di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli (cfr. Cass., Sez. U., 8 gennaio 1993 n. 124). Deve perciò escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di giustizia, possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato - persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato - ordinamento. Ne discende che, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a

1998 n° 1366; Cass. del 5 ottobre 1996 n° 8739, Inp s. C. Massa, in *Danno e resp.*, 1997, pag. 254.

²² Ricordiamo che in appello il Tribunale di Firenze aveva confermato la decisione di primo grado con cui era stata accertata la legittimazione passiva dello Stato italiano e respinto la domanda proposta nei confronti dell'Inps. Il giudice d'appello nella motivazione ha sottolineato la differenza "tra l'azione di adempimento promossa contro il fondo di garanzia e la natura risarcitoria, ex art. 2043 cod. civ., della pretesa derivante dalla mancata attuazione della direttiva".

²³ Pronuncia della Corte cost. del 16 giugno 1993, n° 285, in *Foro It.*, 1993, I, 2393.

²⁴ Tale ricostruzione non pare condivisibile in quanto, se i danni cagionati dalla mancata attuazione di una norma (superiore) comunitaria da parte del legislatore nazionale, unico soggetto internazionale cui possa individuarsi la legittimazione passiva del correlativo onere risarcitorio è lo Stato, in quanto soggetto autore della violazione che ha determinato l'insorgere del danno poiché resosi inadempiente rispetto agli obblighi a lui derivanti dall'appartenenza alla Comunità europea, e dunque, civilmente responsabile.

²⁵ Quindi la Corte di Cassazione smentisce l'orientamento del giudice d'appello, che nella motivazione aveva sottolineato la differenza fra l'azione di adempimento promossa contro il fondo di garanzia e la natura risarcitoria, ex art. 2043 cod. civ., della pretesa derivante dalla mancata attuazione della direttiva". Dalla configurabilità di una responsabilità civile da illecito extracontrattuale conseguiva l'attribuzione in capo all'autore dell'illecito (ovvero allo Stato) dell'obbligo di risarcire i danni.

seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate dalla sentenza della Corte di giustizia, non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione”.

Con questa sentenza, il giudice ha inaugurato un orientamento che, non ammettendo la responsabilità civile dello Stato-legislatore, si pone in contrasto con l'ordinamento comunitario, secondo cui, invece, lo Stato è responsabile in termini patrimoniali per violazione del diritto comunitario a prescindere dalla funzione o articolazione cui essa sia imputabile²⁶.

In questo caso la Suprema Corte ha pertanto riproposto l'impostazione tradizionale, secondo cui non è configurabile una responsabilità civile dello Stato per illecito del legislatore consistente nella mancata attuazione di direttive comunitarie, poiché le norme della Costituzione regolano la funzione legislativa quale espressione di potere politico, “libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale”²⁷. Ne consegue che “l'indennità attribuita a coloro che hanno subito un danno dalla mancata attuazione della direttiva CEE non ha la natura giuridica del risarcimento conseguente a una fattispecie di responsabilità civile”²⁸. Pur di evitare ogni riferimento all'illiceità del comportamento statale, la Corte ha qualificato la posizione del lavoratore come “credito di lavoro” e, così facendo, ha fondato il riconoscimento degli interessi e della rivalutazione in forza dell'art. 429 c.p.c. (relativo, appunto, agli interessi e rivalutazione dei

²⁶ Come sappiamo infatti, secondo il diritto comunitario lo Stato può essere condannato al risarcimento del danno anche a seguito di un “illecito legislativo”, e di fronte alla fonte di rango sopranazionale, le eventuali disposizioni di diritto interno incompatibili sono destinate ad essere disapplicate.

²⁷ Alla funzione legislativa è dedicata la Sezione II del Titolo I della Parte 11 della Costituzione Italiana (artt. 70 – 82).

²⁸ Questo orientamento è stato implicitamente confermato anche successivamente, quando la Corte di Cassazione è stata chiamata a determinare la natura del credito azionato dai lavoratori, ai fini della riconoscibilità o meno di interessi e rivalutazione monetaria. Tale soluzione è stata aspramente criticata da TESAURO, *Diritto comunitario* cit., nota 2, pag. 310 – 311. Parzialmente giustificata da V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore in Danno e responsabilità*, 11, 1998, (pp. 961 - 971), pag. 964. Nel corso del capitolo dedichiamo una sezione al tema della natura della tutela garantita ai singoli contro l'inadempimento dello Stato. Come si vedrà più avanti, le Sezioni Unite della Suprema Corte sono ritornate sul punto in tempi recentissimi.

crediti del lavoratore) e non in forza della disciplina di diritto comune²⁹. Richiamiamo l'attenzione sugli aspetti paradossali di questa soluzione, che ha sollevato numerose critiche, collegate al fatto che, in tal caso, un credito derivante dal mancato recepimento di una direttiva da parte dello Stato è stato forzatamente fatto rientrare nella categoria dei crediti di lavoro³⁰. Questo passaggio dimostra con quale freddezza la Corte di Cassazione abbia accolto la giurisprudenza Francovich e a quali *escamotages* la Suprema corte abbia fatto ricorso pur di non riconoscere un diritto al risarcimento da responsabilità extracontrattuale collegato alla funzione legislativa³¹.

²⁹ Art.1282 c.c., "Interessi nelle obbligazioni pecuniarie"; art. 1284 c.c., "Saggio degli interessi".

³⁰ Questo stesso orientamento è stato confermato dalla Cassazione in altre due occasioni (Sez. Lav., 9 gennaio 1997, n° 133 e 10 febbraio 1998, n° 1366), in cui è stato ribadito che la fattispecie non può essere ricondotta allo schema del risarcimento del danno per fatto illecito dello Stato, avendo propri caratteri indennitari a contenuto riparatorio della perdita subita dal lavoratore nel contesto del rapporto di lavoro (da cui il riferimento alla disciplina prevista dagli artt. 409 e 429 c.p.c., in riferimento al rapporto di lavoro). Cit. da P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 650. La Suprema Corte, nella sentenza n° 5249 del 2001, ha ricondotto la fattispecie all'ambito della responsabilità civile, sostenendo che il diritto al risarcimento era tutelabile già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n° 80 del 1992 di rettamente nei confronti del governo italiano per il solo fatto della mancata attuazione della direttiva comunitaria. Inoltre, ha ritenuto applicabile il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c..

³¹ Tale orientamento è stato successivamente confermato in Cass. Civ., n° 401/1996, cit. e, da ultimo, Cass. Civ., sez. III, n° 4915/2003. Quest'ultimo caso riguardava un consumatore che aveva acquistato alcuni libri da un rappresentante di una casa editrice, e due giorni dopo aveva comunicato di voler recedere dal contratto a norma degli artt. 4 e 5 della direttiva n° 577/85/CE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali. La casa editrice contestò tale diritto di recesso e quindi il consumatore la convenne in giudizio per sentir dichiarare la risoluzione del contratto. La domanda fu rigettata in primo grado, poi accolta in appello, e, infine, cassata senza rinvio dalla Suprema Corte, che accolse la tesi della Presidenza del Consiglio secondo cui quest'ultimo, condannando lo Stato al risarcimento del danno da tardiva attuazione della direttiva, avrebbe violato il principio generale secondo cui l'attività legislativa di spettanza di organi costituzionali non può essere sindacata dall'autorità giudiziaria. Per un commento alla sentenza della Suprema Corte, v. G. GIACALONE, *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo: un ripensamento della Cassazione?*, in *Giustizia Civile*, 6, 2003, (pp. 1193 - 1196). Già Cass. Civ., sez. un., 8 gennaio 1993, n° 124 aveva affermato la non configurabilità di situazioni soggettive protette dei singoli di fronte all'esercizio del potere politico non sindacabile dalla giurisdizione. A tal proposito, tuttavia, la dottrina ha fatto notare che mentre "le pronunce degli anni '90 inserivano la motivazione in un *obiter dictum* giacché *ratio decidendi* era l'identificazione del soggetto legittimato passivo al risarcimento non nello Stato, bensì nell'INPS; nella pronuncia del 2003, il precedente corollario motivazionale diviene *ratio decidendi* stessa, in contrasto con una serie di situazioni che nel frattempo si sono verificate che rendono anacronistica una tale ricostruzione dell'istituto della responsabilità extracontrattuale dello Stato". Cit. da F. IPPOLITO, *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 3-4, 2005, (pp. 561-577), pag. 574.

Sentenza del Tribunale di Caltanissetta, 15 settembre 1997³².

Due anni dopo, la questione della responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile al legislatore si è ripresentata di fronte ad un giudice di merito (il Tribunale di Caltanissetta), la cui pronuncia è stata oggetto di grande attenzione da parte della dottrina grazie al carattere estremamente innovativo e attento alle istanze comunitarie che anima la decisione³³. La questione concerneva una domanda risarcitoria avanzata nei confronti dello Stato da una società per azioni (la società Di Vincenzo), che, al momento della stipula dell'atto di fusione con un'altra società³⁴, aveva pagato la corrispondente imposta di registro in forza della legge n. 904/1977, che si poneva in evidente contrasto con la direttiva comunitaria 303/85/CE³⁵. Tale legge era infatti rimasta in vigore perché il legislatore italiano non aveva adeguato il diritto nazionale all'ordinamento comunitario e, in particolare, aveva lasciato intatta tale disciplina anche in seguito alla scadenza del termine per il recepimento della direttiva. Perciò, quando,

³² Tribunale di Caltanissetta, 15 settembre 1997, in causa Di Vincenzo S.p.A. c. Repubblica Italiana, in *Danno e Responsabilità*, 5, 1998, pp. 469 – 472, con nota A. LAZARI, *"Eppur si muove!": Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 5, 1998, (pp. 469 - 494).

³³ Il caso in questione era strutturalmente molto diverso dalla vicenda Francovich, fra l'altro perché alla violazione del diritto comunitario da parte del legislatore italiano, non era seguito alcun ulteriore intervento legislativo che contenesse previsioni riparatorie in favore dei soggetti danneggiati dalla violazione. Per cui, il giudice si trovava al contempo in una posizione di estrema libertà, ma anche privo di idonei riferimenti legislativi.

³⁴ Per completezza, segnaliamo che i giudici italiani prima della sentenza Di Vincenzo, avevano in altre due occasioni preso in considerazione il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Nella sentenza del 5 aprile 1995 n° 3974, Mosca c. Fabbian (in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 2729), la Corte di Cassazione aveva negato la possibilità di far valere effetti diretti orizzontali della direttiva n° 77/187/Cee non attuata, ed aveva affermato che restava comunque salva "la responsabilità dello Stato in ordine al risarcimento dei danni per la mancata attuazione della direttiva medesima"; ciononostante tale responsabilità non fu accertata poiché nessuna domanda era stata proposta dalle parti in proposito. Analogamente, nell'ordinanza del Tribunale di Pavia del 21 aprile 1997 era stato fatto riferimento alla "possibilità di agire per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato inadempiente per il mancato, intempestivo o inadeguato recepimento della direttiva nel diritto nazionale".

³⁵ La direttiva prescriveva agli Stati membri di rimuovere dai rispettivi ordinamenti fiscali qualsiasi forma di imposizione sui conferimenti di capitali, includendo in siffatta tipologia di operazioni anche le fusioni di società e assegnando per l'adempimento il termine del 1 gennaio 1986. Tale direttiva, pubblicata in GUCE n° L 156 del 15 giugno 1985, pag. 23, aveva modificato la direttiva 69/335 Cee del Consiglio del 17 luglio 1969, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali. Il pagamento poteva considerarsi indebito in quanto, alla data del versamento, l'ordinamento italiano risultava inadempiente rispetto all'obbligo disposto dalle direttive comunitarie in favore della graduale eliminazione delle imposte sui conferimenti.

nel 1991, la società attrice si era fusa con un'altra, incorporandola, a tal fine aveva dovuto pagare circa 70 milioni di lire per la relativa imposta. In un secondo momento, la società citò lo Stato per ottenere il risarcimento del danno costituito dall'indebito esborso eseguito in forza della legislazione fiscale italiana incompatibile con il diritto comunitario.

Il Tribunale di Caltanissetta ha accolto la domanda di risarcimento, richiamando esplicitamente il principio di preminenza del diritto comunitario e affermando che dal connesso principio di vincolatività delle decisioni "pregiudiziali" della Corte di giustizia discende l'obbligo per il giudice "di valutare la domanda risarcitoria non già e non solo verificando la sussistenza dei presupposti integranti l'illecito civile, ma considerandone la riconducibilità" ai principi enunciati nelle sentenze Francovich e Brasserie du Pêcheur-Factortame³⁶. Pertanto, per la prima volta, un giudice italiano ha affermato che il fondamento del risarcimento non è costituito da una norma interna (ovvero i "presupposti tipici" dell'illecito aquiliano) ma da una norma comunitaria. Al contempo, ha introdotto un elemento critico (su cui ritorneremo), affermando la sussistenza di una figura di illecito avente carattere sostanzialmente tipico e non riconducibile alla "clausola generale" dell'art. 2043 c.c.³⁷. Infatti, ha motivato la decisione verificando la sussistenza delle condizioni cui la giurisprudenza della Corte di giustizia ricollega il sorgere del diritto al risarcimento verso lo Stato violatore³⁸, stante che il giudice comunitario ha

³⁶ Cit. da Tribunale di Caltanissetta, 15 settembre 1997, in causa Di Vincenzo S.p.A. c. Repubblica Italiana, in *Danno e Responsabilità*, 5, 1998.

³⁷ Per meglio dire, il Tribunale non ha precisato in che modo la domanda potesse riconnettersi all'ordinamento interno. Cfr. G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 299.

³⁸ In questo caso il giudice ha preso separatamente in considerazione le tre condizioni stabilite dalla Corte di giustizia: ha accertato che la direttiva esentava tutte le operazioni di fusione dal pagamento delle imposte di registro; che la mancata attuazione da parte dello Stato italiano costituisce una violazione grave e manifesta, poiché alla data dei fatti erano ormai passati sei anni da quando la direttiva avrebbe dovuto essere attuata e tenuto conto anche del carattere chiaro della prescrizione violata; che sussiste un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e il danno subito, come rivelato dall'avvenuto pagamento dell'imposta contraria alla direttiva. La Pretura di Milano, con sentenza del 14 luglio 1998, nell'accogliere la domanda di risarcimento proposta da un soggetto per i danni subiti dal ritardato recepimento della direttiva 77/187/CEE relativa al trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori dell'impresa ceduta, non si è altrettanto dilungata nel motivare la sussistenza dei requisiti cui la giurisprudenza comunitaria fa discendere la responsabilità degli Stati membri. A tal proposito, vi è chi suggerisce che probabilmente la contumacia del Governo abbia contribuito alla sinteticità

esplicitamente escluso la possibilità di subordinare la riparazione dei danni all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale cui la violazione sia imputabile³⁹.

La pronuncia del tribunale nisseno ha aperto un nuovo fronte a proposito della questione relativa alla natura della tutela garantita ai singoli nei confronti degli inadempimenti statali agli obblighi comunitari. Riservandoci di tornare sull'argomento nel prosieguo della trattazione, segnaliamo che il giudice nel caso specifico ha deciso di pronunciarsi in termini chiari in tema di rapporto fra il rimedio risarcitorio disposto dalla giurisprudenza Francovich e la disciplina interna ex art. 2043. Il problema, come vedremo, consiste nella possibilità di innestare la tutela disposta dai giudici comunitari sull'impostazione classica dell'illecito aquiliano, "fondato sull'identità tra illiceità e antigiuridicità, in ossequio alla quale può parlarsi di "risarcimento" solo laddove sia ravvisabile la violazione di una situazione configurabile come diritto soggettivo"⁴⁰. In altri termini, il Tribunale di Caltanissetta è giunto, seppur in termini non del tutto espliciti, alla soluzione opposta rispetto alla Corte di Cassazione, tentando di introdurre la figura dell'illecito comunitario nel sistema giurisdizionale nostrano tramite una rilettura dell'art. 2043 c.c.. Secondo il giudice di merito, infatti, un'interpretazione dell'illiceità "come constatazione dell'offesa obiettiva ed attuale di un interesse patrimoniale protetto da norme giuridiche, indipendentemente dalla sua riconducibilità dogmatica entro i rigidi schemi del diritto soggettivo" può permettere di innestare nel sistema italiano il "rimedio risarcitorio" disposto dalla Corte di giustizia. A tal proposito, paiono del tutto condivisibili le critiche di chi ha ravveduto

dell'estensore. Cfr. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 707.

³⁹ Se il giudice avesse preteso la prova dell'elemento soggettivo, ciò avrebbe probabilmente condotto ad un rigetto della domanda di risarcimento. A tal proposito, è sufficiente segnalare che all'interno del secondo presupposto enunciato dalla Corte, è lasciato uno spazio piuttosto ampio all'elemento psicologico dell'illecito, per cui tale elemento può incidere sulla sussistenza o meno di tale presupposto.

⁴⁰ Viene quindi dato per scontato che la posizione di interesse dei cittadini ad una produzione legislativa di attuazione del diritto comunitario non costituisca diritto soggettivo. Cfr. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore) cit.*, pag. 109.

una contraddizione interna a tale ragionamento⁴¹; tuttavia, è indubbio che il giudice, in questo modo, si sia per la prima volta pronunciato in termini favorevoli alla tutela dei cittadini attraverso l'ammissione di un principio fondamentale, secondo il quale, nel momento in cui una posizione giuridica è riconosciuta dall'ordinamento comunitario, ciò non significa che debba essere riletta secondo le categorie nazionali, ma che in quanto tale sia risarcibile, poiché, in caso contrario, verrebbe violato il principio di effettività del diritto comunitario⁴². Come vedremo, tale questione è rimasta fino ad oggi sostanzialmente irrisolta. Per lungo tempo, la diversità di impostazione fra giudici di legittimità e giudici di merito, pur presentando forti contraddizioni dal punto di vista teorico, ha comunque assicurato il risultato prescritto dall'ordinamento comunitario che, come noto, impone obblighi di risultato che, nonostante le sensibili ambiguità e le resistenze, è in definitiva sempre stato assicurato. Ciò detto, la disamina delle diverse sentenze ci permette di apprezzare le discrepanze dei due orientamenti, nonché i problemi connessi ad una soluzione sempre episodica e disorganica in tema di tutela di posizioni giuridiche lese a seguito di violazioni del diritto comunitario. In altri termini, riteniamo che un susseguirsi di soluzioni temporanee che riconoscono singole forme di indennità collegate ad episodiche situazioni lesive non faccia che aumentare la complessità di una disciplina già di per sé ambigua e frammentata, e che sarebbe meglio puntare ad un'applicazione organica e uniforme dell'illecito comunitario (per quanto possibile, considerate le diverse forme di violazione e i diversi soggetti cui la violazione può essere attribuita), piuttosto che augurarsi puntuali interventi legislativi o fantasiose ricostruzioni giurisprudenziali ogniquale volta si verifichi un caso di questo tipo⁴³.

⁴¹ Ci riferiamo alle obiezioni di Vincenzo Roppo, secondo cui il tribunale nisseno da un lato ricomprende l'illecito del legislatore per violazione del diritto comunitario nell'area di tutela di cui all'art. 2043 c.c., ma d'altra parte sottolinea la atipicità della domanda risarcitoria che "risiede nel fatto di non fondarsi sui presupposti tipici dell'illecito aquiliano, strutturato secondo lo schema generale del *neminem laedere*". Cit. da *Ibidem*, pag. 110.

⁴² Su tale questione, già trattata nel terzo capitolo, ritorneremo nel corso della presente sezione.

⁴³ In senso opposto si è espresso Vincenzo Roppo, secondo cui le scelte della Cassazione a proposito del caso Francovich "possono turbare la sensibilità dogmatica di qualche giovane o meno giovane studioso, rovinandogli qualche simmetria concettuale, ma che in nessun modo turbano l'ordinamento comunitario e in particolare lo spirito di

Sentenza della Cassazione, 11 giugno 1998.

Nella sentenza 11 giugno 1998, n. 5846, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla questione circa l'indennità per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE, dovuta, ai sensi dell'art. 2, settimo comma, d.lgs. n. 80 del 1992, al dipendente delle imprese assoggettate a procedura concorsuale, ha finalmente riconosciuto in modo esplicito la natura risarcitoria dell'indennizzo e pertanto affermato la riconducibilità della fattispecie al dettato dell'art. 2043 c.c.. In questo caso, dunque, al credito dei lavoratori è riconosciuta natura risarcitoria, poiché trova fondamento "nella responsabilità dello Stato per inadempimento della direttiva CEE/80/987 che aveva imposto, entro un preciso termine, agli Stati della Comunità, e pertanto anche all'Italia, di dare attuazione a detta direttiva".

In questo modo la Corte si è espressa in termini netti circa la configurabilità della responsabilità per fatto del legislatore, considerato altresì il richiamo alla supremazia del diritto comunitario su quello interno, come riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale⁴⁴. Tale orientamento sarà confermato tramite altre sentenze della Suprema Corte⁴⁵.

Francovich", e secondo cui i commentatori, piuttosto, avrebbero potuto svolgere una critica sulla adeguatezza rispetto ai parametri comunitari della uguaglianza e dell'effettività della tutela riparatoria stabilita dall'art. 2, comma 7 del decreto legislativo n° 80/1992. A tal proposito, v. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)* cit., pp. 111 – 112.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., 10 novembre 1994, n° 384, in *Foro it.*, 1995, I, 2050; 30 marzo 1995, n° 94, in *Foro It.*, 1995, 1081.

⁴⁵ Cass. Lavoro 18 giugno 1998, n° 6113; 23 giugno 1998, n° 6223; Cass. Civ., III, 9 aprile 2001, n° 7630.

Sentenza del Tribunale di Rovereto, 17 luglio 1998.

Questa sentenza appare di particolare interesse perché in questo caso il giudice è stato chiamato a pronunciarsi a proposito di un illecito comunitario imputabile alla Pubblica Amministrazione (in seguito, P.A.), e ha così avuto modo di pronunciarsi in tema di pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo rispetto al riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno derivante da tale atto. Il caso di specie era relativo alla materia degli appalti pubblici e in particolare riguardava un atto di esclusione da una gara la cui illegittimità era stata accertata dal giudice amministrativo in sede di annullamento. Nel caso di specie, il giudice (ordinario) ha affermato l'impossibilità di un'autonoma valutazione di diverse ragioni di illegittimità dell'atto, quali la violazione del diritto comunitario in relazione alla l. n. 142 del 1992.

La questione riguardava il complesso tema della pregiudizialità, ovvero del necessario (o meno) annullamento dell'atto ai fini della condanna della P.A. al risarcimento dei danni. Nel caso di specie il Tribunale negava la possibilità per il giudice ordinario di svolgere un'autonoma valutazione circa tale eventuale illegittimità rispetto ad una norma di diritto comunitario⁴⁶. La negazione di tale possibilità era probabilmente collegata alla preoccupazione che si potesse verificare un contrasto tra giudicati. La dottrina aveva opportunamente segnalato che tale eventualità avrebbe potuto verificarsi solo se il caso fosse stato giudicato da giudici appartenenti a diversi gradi di una stessa giurisdizione e non, invece, dapprima dal giudice amministrativo e successivamente da giudice ordinario, che all'epoca dei fatti (1998) era l'unico titolare di competenza in relazione alla tutela risarcitoria⁴⁷. Benché questa situazione sia nel corso del tempo cambiata, tanto che oggi anche il giudice amministrativo può

⁴⁶ Il problema è stato successivamente affrontato in modo estremamente approfondito dalla dottrina amministrativistica, che ha in primo luogo chiarito che tale sentenza di annullamento dell'atto illegittimo costituisce non un mero presupposto processuale, ma piuttosto l'atto che accerta l'illegittima condotta della pubblica amministrazione. A tal proposito, rimandiamo all'amplessima dottrina disponibile.

⁴⁷ Come sappiamo, a seguito della sentenza della Cassazione 500/99, tale situazione è cambiata.

accordare il risarcimento dei danni, la questione rimane tuttora interessante poiché solleva questioni ancora caratterizzate da numerose incertezze. Ci riferiamo al fatto che continua a valere il principio secondo cui, in un caso di questo genere e in generale in tutti i casi di violazione del diritto comunitario imputabile alla P.A., il giudizio circa la pretesa risarcitoria non deve essere vincolato dall'eventuale previo accertamento della violazione da parte del giudice amministrativo, bensì dalla stessa norma comunitaria direttamente efficace che attribuisce al singolo la posizione giuridica soggettiva di cui il medesimo lamenta la lesione⁴⁸.

⁴⁸ Nel caso in questione, successivamente alla pronuncia del T.A.R. erano state approvate le disposizioni nazionali attuative delle misure comunitarie che accordano all'impresa un'azione patrimoniale di indennizzo (Legge comunitaria per il 1991, ovvero l. n° 142 del 1992, in GU). Tale disciplina, peraltro, non fu invocata davanti al Consiglio di Stato a sostegno dell'eventuale esistenza di un vizio di legittimità dell'atto amministrativo, stante il divieto di *ultra petitum* in appello ai sensi dell'art. 345 c.p.c. Ciononostante, a tal proposito soccorreva la normativa comunitaria (Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989), che era già entrata in vigore e che anche in caso contrario poteva essere tenuta presente nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto interno (Sentenza CGCE, 13 novembre 1990, Marleasing, causa C-106/89, in Racc., pag. I-4135, a proposito degli effetti una direttiva il cui termine di adozione non è ancora scaduto). A tal proposito, ricordiamo, infine, che lo stesso giudice comunitario si è più volte pronunciato nel senso che l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva deve permettere di rimediare altresì alle conseguenze pregiudizievoli eventualmente derivanti dalla tardiva attuazione della medesima (CGCE, 25 febbraio 1999, Carbonari e altri, causa C-131/97, in Racc., pag. I-1103, par. 48). In senso conforme si rinvia a Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n°5429, Pederzoli e a. c. INP S, in Foro It., 2002, I, 2663 ss..

Sentenza della Cassazione, 10 aprile 2002⁴⁹.

Sulla questione dei medici specializzandi i giudici italiani, sia di merito sia di legittimità, sono stati chiamati a pronunciarsi diverse volte e, parallelamente, la dottrina ha dedicato a questo caso grande attenzione⁵⁰. In sintesi, la questione riguardava il “diritto” dei medici specializzandi, ammessi alle scuole negli anni fra il 1983 e il 1991, a vedersi riconosciuta la corresponsione di borse di studio per la partecipazione di attività formative nel periodo precedente all’entrata in vigore del decreto legislativo n. 257/1991⁵¹. I medici specializzandi reclamavano tale diritto, che non avevano potuto esercitare a causa del tardivo recepimento delle direttive comunitarie n. 363/75/CEE del 16 giugno 1975 e n. 76/82/CEE del 26 gennaio 1982, il cui termine di attuazione scadeva il 31 dicembre 1983⁵². Gli attori, costretti a frequentare corsi di specializzazione senza percepire alcun emolumento, proposero domanda di risarcimento nei confronti della Repubblica italiana per violazione del diritto comunitario, deducendo che se le direttive fossero state tempestivamente recepite, essi avrebbero potuto beneficiare della retribuzione.

Questa è la prima sentenza⁵³ con cui la Cassazione si pronuncia sulla *querelle* dei medici specializzandi che nel corso del tempo hanno promosso diverse azioni collegate al tardivo recepimento delle direttive n. 363 del 16 giugno 1975 e n. 76 del 26 gennaio 1982, che prevedono il diritto ad una adeguata remunerazione.

⁴⁹ In Giur. It., 2002, 2395; in Foro It., 2002, 2394, con nota di F. CIPRIANI, *Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze*, in *Foro It.*, 1, 2002, (pp. 2394 - 2401).

⁵⁰ Per un quadro più generale dei profili interessati da tale pronuncia, v. R. CONTI, *Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull'applicazione del diritto comunitario. Il commento*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2005, (pp. 964 - 967).

⁵¹ Per mezzo di tale decreto è stata recepita la direttiva 75/363/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico. Per una descrizione del quadro normativo (nazionale e comunitario) relativo all’esercizio di stabilimento e della libera prestazione dei servizi dei medici, v. V. ADOBATI, *Medici specializzandi: sulle domande di riconoscimento del diritto alla borsa di studio è competente a decidere il giudice ordinario*, in *Diritto comunitario degli Scambi internazionali*, 2, 2005, (pp. 295 - 300), pp. 295 - 296.

⁵² Per questa ragione, lo Stato italiano fu condannato ex art. 226 TCE. A tal proposito, v. CGCE, 7 luglio 1987, C-48/86, Commissione c. Italia, in *Racc.*, 1987, 2995.

⁵³ Come vedremo la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte (ultimamente con sentenza SS.UU. 17 aprile 2009) a proposito di tale questione.

Nel caso di specie la Repubblica italiana, costituitasi in giudizio, aveva eccepito il difetto di giurisdizione (e l'improponibilità della domanda), sostenendo che la posizione giuridica riferibile all'attore rientrasse nella categoria degli interessi legittimi e che in quanto tale non potesse essere applicato l'art. 2043 c.c. Non è il caso di soffermarci ulteriormente sul fatto che le posizioni giuridiche riconosciute dal diritto comunitario abbiano natura speciale rispetto alle corrispondenti riconosciute dagli ordinamenti interni, e che, comunque, la loro tutela sia indipendente e non possa essere subordinata ad una traduzione nelle categorie giuridiche municipali. Del tutto correttamente, nel caso di specie, la Suprema Corte, riunita in Sezioni Unite, ha respinto le eccezioni sollevate dallo Stato ed ha aderito, seppur implicitamente, alla tesi della riconducibilità della fattispecie nell'ambito dell'art. 2043 c.c. Tanto che, nel giudizio che ne è seguito dinanzi alla sezione semplice, la Cassazione ha argomentato in modo netto in tal senso⁵⁴.

Per la prima volta, inoltre, le Sezioni Unite hanno affermato la competenza del giudice ordinario a conoscere delle questioni relative ad azioni di responsabilità dello Stato per tardivo recepimento di direttive comunitarie, e in questo modo è stato superato l'orientamento, sostenuto anche da una parte della dottrina, secondo cui la natura del diritto al risarcimento dipendeva dalla natura del rapporto disciplinato dal diritto comunitario violato⁵⁵.

⁵⁴ Ci riferiamo a Sent. Cass. Civ., sez. III, 16 maggio 2003, n° 7630, in *Giur. It.*, 2004. Cfr. E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Foro It.*, I, 2003, (pp. 2015 - 2019).

⁵⁵ Si pensi al caso Francovich, in cui il credito è stato qualificato come relativo a rapporto di lavoro. Tale questione sarà ripresa più avanti.

Sentenza del Tribunale di Roma, 21 maggio 2002.

Nel caso in questione⁵⁶, una società di *leasing*, proprietaria di un veicolo il cui conducente aveva causato un sinistro stradale, risarcita la vittima, ai sensi della condanna giudiziale comminata, conveniva la Presidenza del Consiglio in giudizio a seguito del mancato recepimento da parte dello Stato italiano della direttiva 84/5/CEE del Consiglio del 30 dicembre 1983 sull'assicurazione r.c.a. che imponeva l'elevazione del massimale minimo assicurato nelle polizze r.c.a.⁵⁷.

Tale sentenza è sostanzialmente in linea con le pronunce precedenti. In tal caso, però si nota una discutibile applicazione del primo presupposto elaborato dalla Corte di giustizia. Infatti in questo caso il tribunale nega l'ammissibilità della pretesa risarcitoria per difetto di legittimazione attiva. Secondo il giudice, infatti, la legittimazione attiva può rinvenirsi solo in capo ai soggetti cui la norma comunitaria violata attribuisce diritti, e che pertanto solo tali soggetti possano farli valere nei confronti dello Stato inadempiente; sarebbero invece privi di tale legittimazione coloro che possano comunque ottenere beneficio dal recepimento della direttiva comunitaria solamente in via indiretta. In realtà, abbiamo visto che il primo presupposto è stato interpretato in termini particolarmente estensivi, per cui tale pronuncia non sembra del tutto in linea con le indicazioni del giudice comunitario. Comunque, non c'è dubbio che, anche una volta sciolto il nodo della legittimazione attiva, la questione si possa riproporre in termini di nesso causale⁵⁸. In ogni caso si è trattato di un caso piuttosto isolato, che non ha avuto seguito.

⁵⁶ Sentenza del Tribunale di Roma, sez. II, del 21 maggio 2002, Oddi-Leasingroma s.p.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri, in Giur. Romana, 2003, pag. 97 ss..

⁵⁷ Se la direttiva fosse stata correttamente recepita, avrebbe reso capiente il massimale al momento del sinistro e conseguentemente inesistente l'obbligo di risarcimento della vittima del sinistro per la parte non coperta dal massimale

⁵⁸ Tale questione sarà approfondita più avanti.

Sentenza della Cassazione, 16 maggio 2003⁵⁹.

Come precedentemente accennato, la questione dei medici specializzandi ha dato luogo a diverse sentenze della Corte di Cassazione, proprio a dimostrazione delle difficoltà di applicazione dell'illecito comunitario. Il caso che ci apprestiamo ad esaminare è a tal proposito esemplare; basti pensare che la stessa III sezione della Suprema corte, chiamata ad applicare la dottrina Francovich, è giunta a distanza di un mese a conclusioni opposte. Con una sentenza emessa il 1 aprile, la Cassazione, richiamando la c.d. teoria dei controlimiti⁶⁰, ha escluso che di fronte all'esercizio del potere politico siano configurabili situazioni soggettive tutelabili davanti al giudice⁶¹. Con sentenza 16 maggio 2003, n. 7630 la Corte ha invece riaffermato la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno

⁵⁹ Per un commento a tale sentenza, v. M. POTO, *La responsabilità dello Stato legislatore: la Cassazione a confronto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2003, (pp. 1363 - 1370).

⁶⁰ Per un approfondimento sui c.d. controlimiti, v. V. ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, (pp. 549 - 557). Si tratta di una teoria elaborata dalla giurisprudenza costituzionale italiana e da quella tedesca, secondo cui le norme comunitarie ricadono nel controllo di costituzionalità che le corti nazionali esercitano dal punto di vista dei principi fondamentali della Costituzione nazionale. Cfr. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.*, pag. 721.

⁶¹ Tale sentenza non fa che riprodurre il precedente del 1995, ed è stata definita come "un anacronistico salto nel passato" e "un passo falso" (V. E. CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2004, (pp. 46 - 53), pag. 49 e pag. 52). A tal proposito vi è chi ha sostenuto che la Suprema Corte "rifiutandosi di assumere la giurisprudenza Francovich e Brasserie du Pêcheur e Factortame, mina il principio costituzionale del diritto comunitario, il conferimento di reciproca autorità normativa fra sistemi differenti". Cit. da SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.*, pag. 727. Tale posizione, e la nozione volontaristica di potere politico che essa evoca, non tiene conto del fatto che dalla partecipazione all'Unione europea discende un consistente trasferimento di competenze in favore delle istituzioni comunitarie. Si pensi all'art. 247 comma 3 TCE che obbliga gli ordinamenti nazionali a prendere tutti i provvedimenti necessari al conseguimento del risultato prescritto nella direttiva e, dunque, inevitabili limitazioni alla sua libertà d'azione nel campo di applicazione del diritto comunitario. Tale orientamento appare peraltro in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale interno in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. Infine, secondo la stessa idea di Costituzione rigida, che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo, il potere non è più concentrato nelle mani di un onnipotente legislatore, ma diffuso in una pluralità di poteri separati ad in un rapporto di reciproco bilanciamento e controllo. In precedenza è già stato segnalato che tale posizione era già stata espressa con la sentenza Cass. 11 ottobre 1996, n° 10617, ma, mentre in quel caso la tesi sull'insindacabilità dal punto di vista giurisdizionale dell'esercizio della funzione legislativa a fini risarcitori costituiva un mero *obiter dictum*, in questa sentenza è diventata *ratio decidendi*.

subito dal singolo in conseguenza della violazione delle norme comunitarie da parte del legislatore per mancata attuazione di una direttiva comunitaria, condizionandola al verificarsi delle condizioni previste dalla giurisprudenza “Francovich”⁶². Se la collocazione temporale della pronuncia, immediatamente successiva alla sentenza con cui la stessa sezione aveva sancito l'impossibilità di ravvisare in capo al singolo un diritto all'esercizio del potere legislativo in quanto discrezionale e insindacabile, consente di coglierne la portata innovativa, la novità più significativa attiene sicuramente al riconoscimento del titolo comunitario della responsabilità (artt. 5 e 189 del Trattato). In questo modo la Suprema Corte ha avviato un dialogo con la giurisprudenza comunitaria, fondando le proprie conclusioni sull'efficacia di precedente delle sentenze della Corte di giustizia. La Cassazione, infatti, ha in primo luogo distinto tra la natura del diritto al risarcimento del danno e quella della posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto. In secondo luogo, ha affermato quanto sarà confermato dalle Sezioni Unite, ovvero che è indifferente che la posizione giuridica in questione rientri, secondo la classificazione nazionale, nella categoria del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo o di un interesse comunque rilevante per l'ordinamento. Inoltre, ha ancorato il diritto al risarcimento al verificarsi dei presupposti enucleati nella giurisprudenza della Corte di giustizia stessa, ciò che depone, finalmente, nel senso del dialogo tra corti nazionali e corti comunitarie, in quella prospettiva di integrazione degli ordinamenti nazionali in quello comunitario voluta dai giudici di Lussemburgo sin dalle origini del processo comunitario⁶³.

La portata innovativa consiste nel fatto che l'illecito per violazione del diritto comunitario trova accoglimento nell'ordinamento italiano nella disciplina di diritto comune che si fonda sull'art. 2043 c.c. Questo orientamento, che ad alcuni è sembrato risolvere definitivamente il dibattito a proposito della natura risarcitoria o indennitaria dell'illecito

⁶² V. massima, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 1, 2004, pag. 44. La domanda di risarcimento era stata dapprima respinta dal Tribunale di Firenze e poi accolta dalla Corte d'Appello, con sentenza infine confermata dalla Cassazione.

⁶³ Si pensi, in particolare, alla sentenza CGCE., 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64, in *Racc.*, pag. 1127.

comunitario imputabile al legislatore, come vedremo, è stato in tempi recentissimi sostanzialmente sovvertito.

Sentenza della Corte dei Conti, 18 giugno 2004.

Un breve cenno merita la sentenza della Corte dei Conti⁶⁴ relativa a un caso di danni cagionati da amministratori o funzionari italiani nell'amministrazione comunitaria⁶⁵. La controversia riguardava un'indebita erogazione ad un comune di fondi comunitari che non avrebbero dovuto essere erogati per violazione contrattuale, e cioè utilizzo di personale diverso da quello pattiziamente indicato, da parte del beneficiario⁶⁶. La sentenza ci interessa poiché il giudice ha affermato la propria giurisdizione a proposito dell'azione giuscontabile, parallela e non preclusiva della possibilità, per la Commissione europea, di adire la Corte di giustizia o il giudice (civile) italiano per far valere il proprio diritto al risarcimento⁶⁷. Pur facendo tutti i distinguo del caso, poiché non si tratta di una responsabilità patrimoniale nei confronti di un cittadino, ma di un'istituzione comunitaria, tale sentenza è degna di nota perché un giudice italiano si è nettamente collocato nella prospettiva di integrazione dell'ordinamento interno con quello comunitario⁶⁸.

⁶⁴ Corte conti, sez. I giur. Centr. App., 18 giugno 2004, n° 222/A, sez. riun. Giur. 23 aprile 2003, 10/qm (III, 74), in Foro it., febbraio 2005, 101.

⁶⁵ Per maggiori informazioni e commenti su tale pronuncia, v. IPPOLITO, *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario cit.*

⁶⁶ Nel caso di specie la Corte ha ravveduto un beneficio tanto per l'Unione europea quanto per i comuni gemellati cui tendeva il programma di erogazione dei fondi, e pertanto ha rigettato la domanda. Infatti, il giudice ha considerato che l'erogazione mirava ad obiettivi che erano stati conseguiti, tanto che gli organismi comunitari, alla cui attenzione erano stati sottoposti, non avevano formulato alcun rilievo.

⁶⁷ La Corte, infatti, sostiene che "la presenza di paralleli strumenti civilistici volti al recupero, innanzi ad altro giudice (ordinario o Corte di giustizia), del danno arrecato alla Commissione europea, non preclude l'azione giuscontabile, che risulta parallelamente liberamente esperibile e che incontra un solo possibile limite (decurtante) al proprio potere di condanna dell'eventuale previo giudicato di altro giudice pronunciato sulla medesima questione (circostanza non riscontrabile nel caso in esame, caratterizzato dalla mancanza di qualsiasi iniziativa autonoma della Commissione europea). La Corte, tuttavia, non affronta il problema dell'esecuzione dell'eventuale condanna.

⁶⁸ Nel caso di specie la Corte dei Conti ha riferito all'amministrazione dell'Unione Europea la nozione di "amministrazione diversa da quella di appartenenza", impiegata dall'art. 1, comma 4, della l. n° 20/1994, per sanzionare la responsabilità di funzionari che abbiano arrecato danno ad altra amministrazione, fondandosi sul disposto di cui all'art. 280 Trattato CE

Sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 4 febbraio 2005. Di nuovo sulla questione degli ex specializzandi.

La Corte di Cassazione (a Sezioni Unite) si è espressa a proposito di questa *querelle* con la sentenza 4 febbraio 2005, n. 2203, pronuncia particolarmente importante perché relativa a diverse questioni centrali a proposito del rapporto fra ordinamento italiano e diritto comunitario, e alle funzioni del giudice nazionale come giudice comunitario decentrato⁶⁹. Inoltre, i giudici si sono pronunciati a proposito della natura della posizione giuridica reclamata dai soggetti attori, e di conseguenza sull'organo chiamato a giudicare. Richiamiamo il giudizio delle Sezioni Unite a proposito dei profili risarcitori.

La Corte in primo luogo ha rovesciato l'orientamento dei giudici di merito, che avevano escluso la giurisdizione del giudice ordinario poiché, nell'opera di traduzione secondo le categorie nazionali della posizione giuridica soggettiva posta a base delle pretese, avevano individuato la sussistenza in capo agli attori di un mero interesse legittimo e non di un diritto soggettivo. A tal proposito la Suprema Corte ha chiarito che il diritto alla retribuzione in favore degli specializzandi non poteva essere considerato (così come aveva fatto il giudice di Palermo) come una mera posizione di interesse espandibile per effetto di discrezionali valutazioni dell'amministrazione, perché questo avrebbe evidentemente impedito la soddisfazione della posizione giuridica fondata sul diritto comunitario, in nome di una dicotomia (fra diritti soggettivi e interessi legittimi) che, come

⁶⁹ Il giudice italiano si è pronunciato a seguito delle due sentenze della Corte di giustizia che si erano occupate in via pregiudiziale di vicende analoghe a quelle della causa di merito. Ci riferiamo a CGCE 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari e altri, in Racc., 1999, I-1103 e CGCE 3 ottobre 2000, causa C-371/97, Gozza c. Univ. Studi Padova, in Foro it., 2001, IV, 69. Note commentate, rispettivamente, in R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2003, (pp. 836-843) e A. BARONE, *Nota*, in *Foro It.*, IV, 1989, (pp. 69 - 71). Per un'analisi relativa ai rapporti fra l'azione diretta (con cui il privato chiede il riconoscimento della posizione giuridica soggettiva di matrice comunitaria tramite l'applicazione della norma comunitaria o di quella interna interpretata conformemente al diritto comunitario) e quella risarcitoria, v. M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettiva*, in *Europa e Diritto Privato*, 2006, (pp. 1407 - 1464).

sappiamo, a livello comunitario è sconosciuta⁷⁰. Questa correzione della qualificazione della situazione giuridica dei soggetti destinatari di una direttiva comunitaria operata dalla Corte d'Appello ha avuto come ovvia conseguenza l'affermazione secondo cui la controversia non può essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In conclusione, pertanto, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, e tale soluzione è apparsa fra l'altro coerente con precedenti orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale⁷¹.

Sentenza della Cassazione, 21 ottobre 2005⁷².

La sentenza Fratelli Costanzo è stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi di diritto comunitario e non solo⁷³. Con tale sentenza la Corte ha rigettato la domanda risarcitoria proposta da un gruppo di imprese capitanate dalla società di costruzioni Fratelli Costanzo, proposta in seguito all'illegittima esclusione da una gara d'appalto indetta nel 1987 per l'esecuzione di opere di ampliamento, ammodernamento e copertura dello stadio "Giuseppe Meazza" di Milano⁷⁴. Tale società era stata esclusa dall'amministrazione comunale dalla gara pubblica per effetto

⁷⁰ Tale questione è stata affrontata nel capitolo precedente. A proposito della riqualificazione delle posizioni giuridiche soggettive nell'ordinamento italiano, rinviamo alla sezione dedicata alla responsabilità dello Stato per violazione imputabile alla Pubblica Amministrazione. Tra l'altro, a tal proposito, il T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. II, 12 maggio 2005, n° 7292, a proposito della questione degli specializzandi, chiarisce che, contrariamente a quanto affermato, tra l'altro, da autorevole dottrina, la qualificazione in termini di diritto soggettivo scaturisce dalla considerazione che la disciplina comunitaria stabilisce un sistema di risarcimento del danno e non di indennizzo.

⁷¹ Con la sentenza n° 204 del 6 luglio 2004, la Corte Costituzionale ha affermato che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il proprio potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si avvale di tale facoltà.

⁷² Fratelli Costanzo, con nota in G. MICARI, *La colpa della P.A. – Autorità, il diritto comunitario e l'art. 2050 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2006, (pp. 987 – 993).

⁷³ Si tratta di un caso cui i media hanno dedicato molta attenzione, in quanto episodio centrale nella questione collegata alla ristrutturazione dello stadio di San Siro; il caso era sorto, in primo luogo, in seguito all'emissione della delibera per la ristrutturazione da parte della Giunta municipale di Milano (n. 6929, del 6 ottobre 1987), che escludeva in quanto anomala la società "Fratelli Costanzo" e aggiudicava l'appalto ad una società concorrente, in seguito finita nell'inchiesta "Mani pulite".

⁷⁴ Per una più approfondita ricostruzione dei fatti del caso, v. <http://www.diritto.it/materiali/europa/locane.html>.

dell'applicazione di una disciplina contrastante con il diritto comunitario⁷⁵. In seguito al definitivo accertamento dell'illegittimità dell'esclusione subita, la società F.lli Costanzo agiva per il risarcimento dei danni subiti innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria sulla base del regolamento di giurisdizione deciso nel 1993 dalle Sezioni Unite della Cassazione⁷⁶ e si giungeva così alla decisione.

Nel caso di specie la Corte ha valutato che l'amministrazione non potesse fare altro che applicare la disciplina vigente all'epoca dei fatti, ancorché incompatibile con una direttiva CE, e che questo fosse sufficiente per escludere la colpa per i danni provocati dall'illegittima esclusione da una gara. Di conseguenza, ha escluso la responsabilità del Comune, non sussistendone la colpa, in quanto avrebbe infatti applicato l'unica legge in vigore al momento dei fatti⁷⁷.

Tale soluzione appare del tutto coerente con una certa impostazione e con un certo modo di intendere la responsabilità civile dell'amministrazione e si pone perfettamente in linea di continuità con la giurisprudenza italiana tradizionale⁷⁸. Viceversa, benché nel caso di

⁷⁵ Il T.A.R., investito della questione sollevò alcune questioni pregiudiziali per effetto delle quali nel 1989 la Corte di giustizia giudicò, per la prima volta, che "al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare l'art. 29, n° 5, della direttiva del consiglio n° 71/305 e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione" (CGCE, 22 giugno 1989, causa 103/88, in Foro It, 1991, IV, 129, con nota di BARONE, *L'efficacia delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*). Il T.A.R. applicava il principio stabilito dalla Corte di giustizia, giudicando "illegittima l'esclusione, disposta da un comune, dalla gara per l'aggiudicazione di un appalto, di un'impresa che aveva presentato un'offerta considerata anormalmente bassa in difetto di un'apposita istruttoria in contraddittorio, e secondo criteri meramente matematici, in conformità di una disposizione legislativa nazionale contrastante con una direttiva comunitaria c.d. *self-executing*, e perciò disapplicabile anche dalla stessa amministrazione". La sentenza del T.A.R. (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 25 novembre 1989, n° 554, in Foro It. 1990, III, 503) fu confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n° 452, in Foro It. Rep. 1991, voce Comunità europee, n° 30).

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 10 settembre 1993, n° 11077, in Foro It., 1994, I, 3138.

⁷⁷ A proposito dell'accertamento della colpa dell'amministrazione, la Corte ha richiamato i principi elaborati dalla sentenza delle Sezioni Unite n° 500/99, che, come noto, ha affrontato il tema della risarcibilità degli interessi legittimi lesi dall'azione amministrativa rinviando al regime della responsabilità extracontrattuale di diritto comune. La Cassazione ha ritenuto che ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il risarcimento occorra la prova, tra l'altro, della colpa dell'amministrazione per non aver osservato i principi che informano il suo agire e, in particolare, quelli dell'art. 97 Cost.

⁷⁸ A tal proposito ricordiamo la sent. 500/99, in cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che, ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il risarcimento occorra la prova della colpa dell'amministrazione per non aver osservato i principi che informano il suo agire e, in particolare, quelli dell'art. 97 Cost. Per un commento alla sentenza Fratelli Costanzo, con riferimento alla pronuncia 500/99, v. S.R. MASERA, *La colpa dell'amministrazione*

specie si contestasse non tanto l'illegittimità di un provvedimento amministrativo quanto piuttosto la lesione di posizioni giuridiche comunitarie, la Corte è apparsa decisamente meno attenta alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria.

La sentenza in questione appare fondamentale in tema di colpa dell'amministrazione, poiché la sua analisi permette di trarre spunti e dati che nel corso del capitolo verranno sistematizzati. Ci riferiamo al fatto che la Cassazione ha escluso la colpa dell'amministrazione a causa della convinzione di questa di applicare l'unica disciplina vigente. A tal proposito, vi è chi opportunamente segnala che "la convinzione di operare correttamente è un profilo diverso rispetto all'accertamento della colpa ai fini del risarcimento, e non vale ad escluderla"⁷⁹. In realtà nel caso di specie la "colpa" quale elemento costitutivo della responsabilità emerge se si considera che l'amministrazione si sarebbe dovuta porre il problema del possibile contrasto tra la regola (dell'automatica esclusione dell'offerta anomala) posta dai vari decreti legge⁸⁰ – in vigore all'epoca dei fatti – con la regola (della verifica in contraddittorio dell'offerta) posta dalla direttiva comunitaria⁸¹: e ciò in particolare perché tali decreti sostituivano palesemente la disciplina sul punto prevista dall'originaria legge italiana di recepimento⁸². Alcune considerazioni tratte da tale sentenza sono contenute nella prossima sezione relativa alla responsabilità dell'amministrazione per violazione del diritto comunitario.

per violazione di direttive comunitarie, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2006, (pp. 674 - 681), pag. 679.

⁷⁹ Cit. da *Ibidem*, pag. 680.

⁸⁰ Ex art. 4 d.lgs. 286/87, 302/87 e 393/87, nonché art. 24, l. 584/77. Tali decreti non vennero convertiti in legge, ma una disposizione contenuta nella l. 478/87 convalidò gli atti ed i provvedimenti adottati e fece salvi gli effetti giuridici prodotti ed i rapporti sorti sulla base degli stessi.

⁸¹ Art. 59, par. 5, direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Gli attori lamentarono anche l'inosservanza dei principi stabiliti negli art. 177 e 189 TCE.

⁸² Lo stesso T.A.R. ha specificamente sottolineato il carattere alternativo delle procedure introdotte in caso di anomalia dell'offerta, rispettivamente, dalle direttive 71/305/CE e dai decreti n° 206, 302 e 393 del 1987 (T.A.R. Lombardi a, Milano, sez. I, 25 novembre 1989, n° 554).

Sentenza del Tribunale di Genova, 23 aprile 2008.

La sentenza in questione appare di particolare importanza poiché è il primo, e finora unico caso, di applicazione dell'illecito comunitario riferibile all'autorità giurisdizionale successiva alla sentenza della Corte di giustizia *Traghetti del Mediterraneo*⁸³. Grazie a questa sentenza è possibile svolgere, in merito alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice in Italia, riflessioni tratte in via non meramente interpretativa. La vicenda trae origine da un processo penale nei confronti di due medici (uno dei due alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria) per truffa consistente nella redazione di certificati medici falsi⁸⁴. Il procedimento si concluse con la completa assoluzione del medico dipendente che, successivamente, citò in giudizio sia la Presidenza del Consiglio dei Ministri sia il Ministero di Giustizia, rispettivamente, per ottenere il risarcimento del danno per condotta della Procura affetta da colpa grave ex art. 2 della legge 117/88, e per ottenere il risarcimento ex art. 2043 c.c. per la violazione dei precetti comunitari in materia di giusto processo. L'attore, a fondamento delle proprie pretese, esponeva gli stessi fatti, consistenti, per lo più, in numerosi errori e gravi mancanze nell'esame dei documenti a supporto dell'indagine; secondo l'attore, si trattava di vizi decisivi, che avevano condotto all'esercizio di una azione penale rivelatasi totalmente infondata.

⁸³ A dire il vero non è la prima sentenza italiana in assoluto di applicazione dell'illecito comunitario per fatto del giudice. A tal proposito si può ricordare quanto meno un precedente, ovvero Tribunale di Roma, Decreto 29 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, n° 41 del 2004, 80 e ss. Il caso riguardava il rigetto da parte del Consiglio di Stato della richiesta di impugnazione di un provvedimento col quale, in chiara violazione del diritto comunitario in tema di libera prestazione dei servizi, libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento, era stato negato il rinvio del servizio di leva per motivi di studio ad un giovane cittadino iscritto in Italia ad un corso di istruzione universitaria impartito da un'istituzione riconosciuta nell'ordinamento giuridico di un altro stato membro dell'Unione europea. Il Tribunale ha condannato lo Stato italiano al risarcimento del danno provocato dalla sentenza del Consiglio di Stato che non aveva adempiuto all'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE e dato una inesatta interpretazione al diritto comunitario. Il giudice ha quindi ritenuto legittima la pretesa del ricorrente anche se si fondava sull'attività interpretativa del giudice, considerando la previsione normativa di cui all'art. 2, comma 2, della legge n° 117/1988 come una limitazione all'applicazione del principio comunitario e quindi non meritevole di applicazione.

⁸⁴ Secondo l'accusa, tali certificati falsi avrebbero avuto l'effetto di indurre in errore l'amministrazione circa la sussistenza di uno stato di malattia del medico dipendente e, quindi, di giustificare le sue assenze dal lavoro.

La sentenza è interessante proprio perché propone un raffronto fra l'illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale e la responsabilità civile dello Stato per fatto del giudice di cui alla legge 117/88⁸⁵. L'azione fondata sul diritto interno venne dichiarata inammissibile (in sede di controllo preliminare sull'ammissibilità), per avvenuto decorso del termine di cui all'art. 4, mentre proseguiva la trattazione della domanda ordinaria per violazione del diritto comunitario. Proprio questa scissione presenta i maggiori elementi di interesse; infatti il tribunale (pur rigettando l'azione promossa dal medico dipendente) ha deciso nel merito la domanda ex art. 2043, facendo esclusivo riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁶ e non applicando la legge 117/88. A tal proposito, il giudice ha aderito a quell'orientamento prevalente in dottrina secondo cui l'ipotesi di illecito comunitario riferito all'attività giurisdizionale è ontologicamente diverso e nettamente scisso dalla responsabilità civile dello Stato giudice⁸⁷. Riservandoci di tornare più avanti sul punto, segnaliamo che la sentenza in realtà ha lasciato intatte numerose

⁸⁵ A tal proposito, Paolo Dellachà ha affermato: "Le criticità derivanti dalla disparità di trattamento tra questa fattispecie e le ipotesi ordinarie di responsabilità previste dalla legge 117/88 sono evidenti: non è difficile immaginare in tempi brevi ulteriori ripercussioni sulla prassi applicativa e forse sulla stessa legislazione speciale". Cit. da P. DELLACHÀ, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1129 - 1135).

⁸⁶ In proposito, soprattutto, si noti che il Giudice richiama non solo il requisito della violazione "grave e manifesta" del diritto comunitario, ma evidenzia altresì due ulteriori criteri: "la sistematicità della violazione e gli effetti negativi sulla realizzazione degli obiettivi che le norme comunitarie si ponevano". Tali requisiti non risultano esplicitati nella sentenza Köbler, né nella sentenza Traghetti del Mediterraneo: entrambe, infatti, si erano limitate a richiedere che la norma comunitaria violata conferisse diritti ai singoli, che la violazione fosse grave e manifesta e che sussistesse un nesso causale con il danno. Secondo la Corte di giustizia "tale violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, TCE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia" (Traghetti, 43 e Köbler, 53-56).

⁸⁷ Il tema sarà approfondito nella sezione dedicata all'illecito comunitario per fatto del giudice. La tesi secondo cui si tratta di due ipotesi ontologicamente diverse è stata espressa, fra gli altri, da SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale cit.*. Anche in tale ipotesi, comunque, l'applicazione dell'illecito comunitario pone diverse questioni problematiche in tema di convivenza delle due fattispecie, in relazione alle possibili influenze del paradigma comunitario sulla disciplina nazionale.

incertezze, poiché ha riguardato per lo più il fatto, e si è espressa in termini non del tutto chiari in relazione a punti di diritto⁸⁸.

Sentenza del Consiglio di Stato, 20 gennaio 2009.

Con tale sentenza, il Consiglio di Stato ha condannato una Pubblica Amministrazione (in concreto, il Ministero dello sviluppo economico) al risarcimento del danno occorso alla emittente televisiva Europa 7 a causa di una violazione del diritto comunitario da parte dello Stato italiano⁸⁹.

Nel caso in questione, la violazione era stata accertata con sentenza della Corte di giustizia, secondo cui il regime italiano di assegnazione delle frequenze per le attività di trasmissione radiotelevisiva è contrario al diritto comunitario, poiché le leggi succedutesi in materia hanno consentito alle reti occupanti le frequenze, ma prive di relativo titolo, di continuare le loro trasmissioni, impedendo ai legittimi assegnatari di tali frequenze di accedere al mercato di trasmissione radiotelevisiva⁹⁰.

In attuazione di tale disciplina, fu indetta (nel marzo 1999) una gara per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva nazionale su

⁸⁸ Ad esempio, il giudice ha sottolineato che l'imputato non aveva collaborato con la Procura procedente, omettendo di rendere dichiarazioni o chiarimenti nonostante i rituali inviti ricevuti. Al contempo, come segnalato nella nota precedente, il giudice è sembrato far riferimento alla sussistenza di ulteriori requisiti necessari all'accertamento dell'illecito comunitario. Tra l'altro, il giudice ha anche escluso una violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, ma si è trattato di una affermazione del tutto generica, non fondata su una valutazione dettagliata della rilevanza giuridica dei comportamenti dedotti in giudizio.

⁸⁹ Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n°242, in Foro amm.-Cons. Stato, 2009, 234.

⁹⁰ Il giudice comunitario, interrogato sul punto dal Consiglio di Stato ex art. 234 TCE, ha giudicato che tale disciplina è incompatibile con l'art. 49 del Trattato CE, e l'art. 9.1 della Direttiva 2002/21/CE, gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n° 3, della direttiva 2002/20/CE, nonché l'art. 4 della direttiva 2002/77/CE. In particolare, secondo la Corte In Italia l'attività di radiodiffusione televisiva è regolata dalle leggi n° 223/1990 (c.d. "legge Mammi"), n° 249/1997 (c.d. "legge Maccanico") e n° 112/2004 (c.d. "legge Gasparri"). Senza analizzare tale regime nel dettaglio, ricordiamo che la legge Meccanico fu approvata a seguito dei rilievi della Corte Costituzionale relativi all'inadeguatezza della legge Mammi a prevenire "la formazione di posizioni dominanti le quali in questo settore possono non solo alterare le regole della concorrenza, ma anche condurre ad una situazione di oligopolio, che in sé pone a rischio il valore fondamentale del pluralismo delle voci, espressione della libera manifestazione del pensiero". Al fine di riformare la disciplina nel senso indicato dalla Corte Costituzionale, la legge Maccanico istituì l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in seguito, Agcom), e introdusse nuovi limiti alla concentrazione nel mercato della radiodiffusione televisiva.

frequenze terrestri. A questa gara partecipò Centro Europa 7, che ottenne il diritto ad una delle otto frequenze televisive nazionali disponibili, poiché una delle altre reti concorrenti (Rete 4, appartenente al gruppo Mediaset) eccedeva la soglia prevista dalla legge Maccanico. Anche in seguito al decreto di concessione, risalente al 28 luglio 1999, Centro Europa 7 non ricevette materialmente le frequenze perché queste erano ancora occupate, dapprima in forza di un regime transitorio⁹¹ e, a partire dal 2004, in forza della riformata disciplina ai sensi della quale il tetto del 20% deve essere calcolato sull'intero insieme delle reti analogiche e digitali, e che riconosce il diritto a trasmettere (artt. 20 e 23) a soggetti privi di titolo che occupano le frequenze in virtù di provvedimenti temporanei.

Europa 7, vedendosi rigettare in primo grado l'azione dal T.A.R., ha pertanto proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato⁹², che, a seguito della sentenza emessa dalla Corte di giustizia il 31 gennaio 2008⁹³, ha condannato il Ministero dello sviluppo economico ad un risarcimento per responsabilità extracontrattuale nei confronti di Centro Europa 7.

Si noti che nel caso specifico la violazione è imputabile allo Stato sia in qualità di legislatore sia in qualità di amministratore. Infatti, è evidente che la violazione del diritto comunitario è in primo luogo collegata al regime italiano dell'assegnazione delle frequenze⁹⁴. Tuttavia, le parti hanno agito nei confronti dell'amministrazione che, applicando tale disciplina, ha posto in essere un comportamento che, secondo un consolidato orientamento

⁹¹ D.lgs. n°352/2003, convertito nella legge n°43/2 004.

⁹² Centro Europa 7, trascorso il termine di 24 mesi dalla notifica della concessione, adì in primo luogo il T.A.R. del Lazio affinché ingiungesse alle autorità amministrative competenti di assegnare le frequenze necessarie e condannasse le amministrazioni al risarcimento dei danni subiti per la mancata assegnazione delle frequenze. Detto tribunale, considerando che la posizione giuridica derivante dal rilascio della concessione non avesse la natura di diritto soggettivo, ma piuttosto di interesse legittimo pretensivo, dichiarò inammissibile e rigettò il ricorso (rispettivamente, in relazione alla condanna all'assegnazione delle frequenze e al risarcimento dei danni) (T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16-09-2004, n°9315).

⁹³ Per un commento alla sentenza della Corte di giustizia, v. G. DE MINICO, *Il caso "Centro Europa 7": esiste un dopo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2008, (pp. 403 - 406).

⁹⁴ Si tratta, infatti, di una legislazione incompatibile con il diritto comunitario e, quindi, di un illecito imputabile al legislatore, che per lungo tempo ha consentito la proroga di un regime transitorio, e, infine, ha approvato una legge (la c.d. Legge Gasparri) che ha sostanzialmente fotografato la situazione di fatto di occupazione delle reti e in tal modo permesso il perdurare dello *status quo*.

della Corte di giustizia⁹⁵, costituisce essa stessa una violazione del diritto comunitario. Il compito di disapplicare la normativa interna incompatibile con il diritto comunitario spetta, infatti, non solo ai giudici nazionali, ma anche alle amministrazioni, che possono essere condannate al risarcimento del danno che da questa derivi⁹⁶.

Quanto all'elemento soggettivo, il Consiglio di Stato ha valutato che la condotta del Ministero è contrassegnata dalla colpa, anche se non di eccessiva entità⁹⁷. Nel caso in questione, il giudice richiama l'elemento soggettivo per escludere che la violazione sia imputabile dall'Agcom, che non ha competenze dirette in merito all'assegnazione delle frequenze ad operatori radiotelevisivi. D'altra parte, il Consiglio di Stato considera che l'incompatibilità della normativa con il diritto comunitario assuma rilievo quale elemento dell'azione risarcitoria e possa qualificare la condotta del Ministero in termini di colpa. Nel caso di specie, pertanto, l'elemento soggettivo viene richiamato non come caposaldo della responsabilità, cui subordinare il risarcimento del danno, ma come elemento per escludere la responsabilità di una delle parti convenute.

Altro elemento interessante attiene alla quantificazione del danno. Nel caso in questione, il giudice ha fortemente limitato il *quantum* del risarcimento richiesto da Centro Europa 7 proprio perché ha ritenuto che l'attore, attraverso la propria condotta, abbia aggravato il danno lamentato in giudizio. In altri termini, il giudice, svolgendo una liquidazione in via

⁹⁵ A partire da Sent. CGCE, 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo SPA c. Comune di Milano ed impresa Ing. Lodigiani SPA. Causa C-103/88. Racc. 01839, edita in *Foro it.*, 1991, IV, 129, nonché in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1989, 985, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 423.

⁹⁶ In primo luogo segnaliamo incidentalmente che la pubblica amministrazione, in modo analogo rispetto al giudice, è chiamata a disapplicare la normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario, ma che, allo stesso tempo, l'amministrazione non dispone, a differenza del giudice, del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 234 Trattato CE.

⁹⁷ A tale proposito, abbiamo più volte segnalato che la Corte di giustizia ha stabilito che l'elemento psicologico del dolo o della colpa non assume rilevanza diretta, ma può semmai rilevare indirettamente come sintomo della violazione sufficientemente caratterizzata; quindi, il giudice nazionale, una volta verificata la sussistenza di questo presupposto, non può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo trasgressore. Ciò detto, le corti nazionali possono, ovviamente, svolgere un'autonoma valutazione di tale elemento. Infatti, come noto, la colpa è prevista da diversi ordinamenti nazionali come requisito necessario per la sussistenza della responsabilità dei pubblici poteri; quindi, i giudici tendono comunque a condizionare il diritto al risarcimento all'esistenza di una condotta quanto meno colposa da parte dell'organo cui sia attribuibile la violazione del diritto comunitario.

equitativa, ha ravvisato un affievolimento del nesso causale, perché ha ritenuto che il ricorrente, nelle more dell'assegnazione delle frequenze di cui pure risultava assegnatario, in considerazione della situazione di fatto e di diritto in cui maturò il bando e delle vicende successive, avrebbe dovuto agire con estrema cautela nell'investimento finalizzato alla successiva attuazione di una rete nazionale. D'altra parte, il Consiglio di Stato ha ulteriormente limitato il *quantum* del risarcimento in seguito al soddisfacimento, avvenuto con il provvedimento dell'11 dicembre 2008, della pretesa dell'ottenimento delle frequenze, poiché ha valutato che molte delle spese imputate dall'attore a titolo di risarcimento sono, in realtà, imputabili ad altre attività del gruppo Europa 7, che, già prima del rilascio della concessione, era attivo nel settore televisivo e che aveva proseguito tali attività anche in un momento successivo⁹⁸.

Il Consiglio di Stato è poi passato alla valutazione del lucro cessante. A tal proposito, ricordiamo che l'elemento relativo alla determinazione del danno risarcibile è delegato agli ordinamenti nazionali, e che a tal proposito la Corte di giustizia ha lasciato intendere che i giudici debbano considerare il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, secondo le regole di ciascun ordinamento nazionale. Sottolineiamo che la valutazione del lucro cessante è decisiva per l'integrazione del risarcimento sufficiente, poiché in numerosi casi tende a costituire la quasi

⁹⁸ Per questa ragione il Consiglio di Stato non ha riconosciuto a titolo di risarcimento le spese sostenute "per consulenza e assistenza legale" ("che tuttalpiù possono costituire una pretesa dell'appellante nei limiti di quanto può essere riconosciuto a titolo di definizione delle spese del giudizio, ma non oltre"); le spese sostenute per le produzioni necessarie a completare il palinsesto e per l'acquisto di programmi ("poiché l'inizio delle attività non era imminente, e perché tali acquisizioni erano sfruttabili, e sono state sfruttate, attraverso la cessione di diritti nell'ambito dell'ordinaria attività imprenditoriale ed hanno costituito un incremento del valore patrimoniale dell'azienda"); le spese relative ai contratti finalizzati alla realizzazione della parte tecnica della rete e all'acquisto di apparati (in quanto non vi è alcuna prova né che tali contratti siano stati eseguiti né che siano state pagate penali a seguito del mancato adempimento dei contratti); le spese ordinarie, relative al compenso spettante all'amministratore, agli stipendi dei dirigenti e degli altri dipendenti e a viaggi e trasferte. Per questa stessa ragione vengono limitatamente riconosciute a titolo di somma risarcibile le spese di locazione dell'immobile, che Centro Europa 7 sostiene di aver locato per partecipare alla gara e iniziare l'attività, poiché la sede era stata utilizzata da altre società collegate. Allo stesso modo, il Consiglio di Stato non ha riconosciuto le spese pubblicitarie, che non costituivano costi finalizzati all'avvio dell'attività radiotelevisiva. Invece, il giudice ha riconosciuto a titolo di risarcimento gli oneri sostenuti per il mantenimento della concessione e per la posizione di impresa esercente l'attività nel settore radiotelevisivo, "poiché si tratta di costi sostenuti a seguito del rilascio della concessione e per il mantenimento dei diritti da questa derivanti in attesa dell'attribuzione delle frequenze".

totalità del danno a proposito delle controversie di natura economica o commerciale, per cui una sua esclusione rende di fatto impossibile il risarcimento dei danni⁹⁹. Nel caso in questione, il giudice ha formalmente riconosciuto il lucro cessante, ma allo stesso tempo ha fortemente ridotto la somma richiesta dal ricorrente, fondata su una perizia tecnica che, secondo il Consiglio di Stato, contiene presupposti e ipotesi privi di fondamento e sforniti di elementi probatori¹⁰⁰.

Sentenza della Cassazione, SS.UU., 17 aprile 2009.

La Corte di Cassazione in questo caso rovescia il precedente (espresso con le sentenze risalenti al 2002 e 2003, salvo l'eccezione costituita dalla pronuncia del 1 aprile), negando che al c.d. "illecito legislativo" sia applicabile la disciplina di diritto comune di cui all'art. 2043 c.c. Ad avviso del giudice, infatti, il danno derivante dalla mancata attuazione, nei termini prescritti, di una direttiva, non costituisce fatto imputabile come illecito civile, perché il comportamento del legislatore è antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno. Questo ragionamento si fonda sul carattere autonomo dei due ordinamenti¹⁰¹, nonché sul principio secondo cui l'incompatibilità del diritto

⁹⁹ Tale considerazione è svolta dallo stesso giudice comunitario nella sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, par. 87. Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029, in *Foro Amm.*, 1997, 3, con nota di CARANTA, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario*; anche in *Resp. Civ. Prev.*, 1996, 1123, con nota di TASSONE, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità del legislatore nazionale per violazione del diritto comunitario*. La Corte di giustizia ha ribadito tale orientamento in tempi più recenti, in Sent. CGCE (grande sezione), 17 aprile 2007, *A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio e Tarmo Lehtinen*. Causa C-470/03. Racc. I-02749.

¹⁰⁰ In particolare, il Consiglio di Stato ha rilevato che i ricavi "dipendono da fattori notoriamente imprenditoriali, che vanno dalla misura e qualità degli investimenti alle caratteristiche organizzative, dalla idoneità della gestione alla formazione, dalla capacità di introdursi e stare sul mercato all'avviamento, dalla innovazione tecnologica alla qualità del lavoro e così via fino alle specificità del settore". Si tratta, in ogni caso, di una limitazione fondata su elementi di fatto, che tutt'al più possono essere contestati con argomenti tecnici e imprenditoriali, ma che non sollevano particolari questioni dal punto di vista giuridico perché appaiono del tutto in linea con la giurisprudenza comunitaria.

¹⁰¹ Tale impostazione coincide, dunque, con il tradizionale orientamento della Corte Costituzionale, che, "dualista al pari della consorella Corte tedesca di Karlsruhe, ritiene,

nazionale con il diritto comunitario “non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria”. Ci troviamo di fronte, pertanto, ad un “illecito” solamente in senso lato, poiché si tratta di una condotta del tutto lecita secondo il diritto interno e, quindi, non riconducibile all’art. 2043 c.c., relativo, come noto, alla responsabilità patrimoniale da illecito extracontrattuale.

Tale soluzione, dunque, può apparire come un ritorno alle originarie reazioni del giudice di legittimità alla giurisprudenza comunitaria, che consistevano in un aperto rifiuto di qualsiasi forma di riparazione nei confronti del cittadino danneggiato a seguito di violazione del diritto comunitario¹⁰². In realtà, le corti nazionali sono ormai del tutto conscie del loro ruolo di giudici comunitari decentrati, per cui tali forme di resistenza tendono ormai a scomparire. Nel caso di specie, infatti, l’orientamento della Corte non implica una negazione *tout court* della compensazione, quanto piuttosto una diversa qualificazione giuridica della stessa. La riparazione del pregiudizio sofferto per effetto del c.d. “fatto illecito” del legislatore rientra, ad avviso della Corte, non nello schema della responsabilità extracontrattuale, ma in quello dell’obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria non antiggiuridica, da determinare in base alle condizioni imposte dalla Corte di giustizia¹⁰³. Il giudice, pertanto, nella

..., che i due ordinamenti rimangono distinti e reciprocamente autonomi, anche se essi devono collegare in conformità dei trattati concernenti l’integrazione europea”. Cit. da A. LA PERGOLA, *Il Giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2003, (pp. 2419 - 2441), pp. 2429 – 2430. Cfr. sentenze n°170/1984 e n°113/1985 Corte Costituzionale. Autorevole dottrina segnala che la Corte, sebbene abbia anche di recente ribadito tale tesi, si sia in realtà ulteriormente avvicinata alla posizione della Corte di giustizia, che propugna, viceversa, il monismo ordinamentale, secondo cui il diritto comunitario si integra in quello interno e ne condiziona le fonti di produzione giuridica. Tale posizione monista è stata sostenuta a partire dalla Sent. CGCE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L.. Causa C-6/64. Racc., edizione italiana pagina 01129) e poi, più compiutamente, con la Sent. CGCE, 9 marzo 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SPA Simmenthal. Causa C-106/77. Racc. 00629. A tal proposito, v. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, (pp. 477 - 503), pp. 479 – 480.

¹⁰² Ci riferiamo, ad esempio, alla già citata sentenza della Cassazione, 1 aprile 2003, n° 4915, ma anche, prima ancora, alla Sent. Cass., sez. lavoro, 11 ottobre 1995, n°10617.

¹⁰³ Del resto, si tratta di una soluzione del tutto compatibile con la disciplina italiana relativa alle fonti delle obbligazioni; si pensi, in particolare, all’art. 1173 c.c., ai sensi del quale “Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”.

funzione di corte nazionale da un lato e “giudice comunitario di diritto comune” dall’altro, richiamando il carattere autonomo dei due ordinamenti, e l’attrazione *ratione materiae* del caso di specie nell’alveo del diritto comunitario, accorda la riparazione tramite l’applicazione dei presupposti dettati dai giudici di Lussemburgo.

L’elemento realmente innovativo di tale sentenza riguarda, viceversa, il termine di prescrizione per l’esercizio dell’azione. Per quanto riguarda l’esperienza italiana, le corti chiamate a pronunciarsi in tema di illecito comunitario, in assenza di una specifica previsione legislativa, hanno perlopiù ritenuto applicabile la prescrizione quinquennale di cui all’art. 2947 c.c., mentre la questione è rimasta aperta nello specifico caso di violazione dell’obbligo di puntuale recepimento delle direttive comunitarie. In tale ipotesi, infatti, la stessa Corte di Cassazione si è espressa in termini divergenti, ritenendo applicabile talvolta l’art. 2947 c.c. e talvolta il termine (decennale) di prescrizione ordinaria (ex. art. 2946 c.c.)¹⁰⁴. Con questa sentenza, la Corte, a Sezioni Unite, afferma che, non applicandosi alla fattispecie l’art. 2043 c.c., nemmeno trova applicazione la disposizione relativa al termine di prescrizione applicato alla responsabilità extracontrattuale. Al contrario, la Corte sancisce l’applicabilità del termine decennale e in tal modo inaugura un orientamento decisamente più favorevole nei confronti della tutela delle posizioni giuridiche individuali.

¹⁰⁴ La Suprema corte richiama, rispettivamente, le sentenze Cass. 9 aprile 2001, n°5249 e Cass. 4 giugno 2002, n°8110.

La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario.

Una volta passate in rassegna le principali sentenze delle Corti italiane in tema di illecito comunitario, intendiamo ricostruire tale figura di illecito alla luce del paradigma nazionale o, se si preferisce, approfondire il modo in cui l'ordinamento nazionale ha accolto e si è conformato al diritto di fonte sopranazionale. A tal proposito, ripercorriamo le funzioni dello Stato in direzione orizzontale, ovvero distinguendo a seconda delle funzioni dello Stato cui la violazione è imputabile¹⁰⁵. A proposito di ognuna di esse, segnaleremo i rilievi di maggiore problematicità, per poi concludere con alcune considerazioni di insieme.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario dello Stato amministratore.

Per approfondire l'applicazione dell'illecito comunitario rispetto alla P.A. in Italia, è necessario riprendere alcuni aspetti essenziali della responsabilità patrimoniale dei soggetti pubblici nell'ordinamento italiano, per svolgere considerazioni a proposito della sua conformità con l'ordinamento comunitario e, d'altra parte, delle prospettive di modifica di tale modello, ad opera dei diversi formanti.

Secondo l'articolo 28 della Costituzione italiana, "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici". Pertanto, secondo lo stesso dettato costituzionale, la responsabilità della P.A. è regolata dalle norme civili, e la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario deve essere inquadrata

¹⁰⁵ Per una disamina della questione in termini generali, v. capitolo II.

nell'ambito dell'art. 2043 c.c.¹⁰⁶ Per questa ragione, consideriamo opportuno iniziare dall'illecito imputabile alla P.A., proprio perché è quello che concettualmente trova minori difficoltà applicative. Come vedremo, tuttavia, presenterà importanti rilievi la comparazione relativa a tale fattispecie e, in particolare, l'approfondimento delle questioni collegate al difficile rapporto fra il secondo presupposto¹⁰⁷ fissato dalla Corte di giustizia e l'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano applicato alla P.A.. Rinviamo ad un'apposita sezione la questione collegata alla colpa dell'amministrazione; piuttosto, un argomento sicuramente molto rilevante consiste nella sussistenza della c.d. "pregiudizialità" dell'annullamento del provvedimento amministrativo rispetto alla domanda di risarcimento del danno che da quel provvedimento si presume derivato¹⁰⁸. A tal proposito, vi è un aperto contrasto fra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione. Infatti, il primo è orientato per l'operatività della pregiudiziale, mentre la Suprema Corte si è perlopiù espressa in termini contrari¹⁰⁹. La questione della compatibilità con il diritto comunitario del previo esperimento di altri mezzi di tutela, come l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo,

¹⁰⁶ Infatti, il risarcimento nei casi di attività illegittima della P.A. è collegato ai parametri della responsabilità aquiliana, così come definiti nella celeberrima sentenza n° 500/99: accertamento dell'elemento oggettivo (il danno ingiusto); elemento soggettivo (dolo o colpa); nesso di causalità tra condotta e danno. Inoltre, nonostante l'applicazione della disciplina codicistica, come vedremo, la responsabilità della P.A. verso i singoli assume in modo sempre più netto i tratti di una responsabilità speciale rispetto a quella di diritto comune. Inoltre, è molto importante considerare il fatto che nel caso di violazione del diritto comunitario da parte dello Stato (e, in particolare, nel caso di mancato recepimento di direttiva comunitaria), ai giudici nazionali non spetta una pura e semplice applicazione dell'art. 2043. Piuttosto, "la norma di cui essi fanno applicazione è in realtà la risultante di un'articolazione di fonte comunitaria e fonte nazionale, all'esito della quale l'art. 2043 non è più quello di prima, ma si è sensibilmente trasformato nel processo di compenetrazione con le regole comunitarie". Cit. da SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.*, pag. 725.

¹⁰⁷ Ci riferiamo alla condizione consistente nella violazione sufficientemente caratterizzata, cui si è fatto ampio riferimento nel capitolo II.

¹⁰⁸ A tal proposito, v. Sentenza Tribunale di Rovereto, 17 luglio 1998, Tor di Valle Costruzioni s.p.a. c. Comune di Rovereto (in Giur. Merito, 1999, 367).

¹⁰⁹ La Cassazione (Cass. SS.UU., ordinanze n° 13659, 13660, 13991/2006 e Cass. SS.UU., 500/99) ha precisato che la parte può chiedere il risarcimento anche senza dover osservare il termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione di annullamento (ma, in senso opposto, v. Cass. 27 marzo 2003, n° 4538, in Foro It. 2003, I, 2073). Tuttavia il giudice amministrativo non si è allineato a questo nuovo indirizzo e continua ad applicare la regola secondo cui è esclusa la possibilità di conoscere delle pretese risarcitorie in assenza di tempestiva impugnazione dell'atto (Cons. Stato, sez. V, sent. N. 5063/2006; Cons. Stato, sez. IV, sent. N. 2136/2007). Per una completa disamina della questione, v. R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001, in particolare il Capitolo 2, "Il giudice del risarcimento ed i rapporti tra azione risarcitoria ed azione di annullamento", pp. 35 – 90.

quale condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria, è peraltro, assai dubbia¹¹⁰. Vigge il principio secondo cui le regole processuali non devono essere tali da rendere impossibile, o eccessivamente difficoltosa, la tutela dei diritti riconosciuti. Allo stesso tempo, lo stesso giudice comunitario ha più volte affermato il principio secondo cui la persona lesa deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità, ed in particolare di aver esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione: "se l'impugnativa dell'atto innanzi al giudice amministrativo appare lo strumento adeguato per prevenire il danno o limitarne l'entità, la tutela risarcitoria sarà inaccessibile se prima non si sarà esperito il rimedio dell'annullamento del provvedimento"¹¹¹. Pertanto, l'impugnativa dell'atto può anche essere considerata come l'adempimento di un obbligo di diligenza che incombe sul creditore ai fini della prevenzione o limitazione del danno, secondo un principio analogo a quello di cui all'art. 1227 c.c.¹¹². In definitiva tale questione, che interessa anche altri ordinamenti, rimane aperta; propendiamo per una posizione mediana, che consiste nel considerare il mancato esperimento dell'azione di annullamento come elemento valutabile in sede di quantificazione del danno, ma non come presupposto necessario della responsabilità. In ogni caso, si tratta di un tema su cui la Corte di giustizia sarà tenuta, prima o poi, ad esprimersi¹¹³.

Altra questione riguarda la rilevanza ai fini del risarcimento della classificazione della posizione giuridica lesa secondo le categorie giuridiche nazionali e, in particolare, secondo la canonica distinzione fra

¹¹⁰ L'Avvocato Generale Léger, nelle conclusioni rese nel caso Hedley Lomas, ha chiaramente affermato che il diritto comunitario si oppone al previo esperimento di altri mezzi di tutela (come l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo) quale condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria (C- 5/94, Hedley Lomas, par. 193 e ss.).

¹¹¹ Cit. da E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2005, (pp. 3-13), pag. 8.

¹¹² Anche a tal proposito si può scorgere comunque una dissonanza con il diritto comunitario, perché il dovere di correttezza di cui all'art. 1227 c.c., secondo consolidato orientamento della Suprema Corte, presuppone un'attività che abbia il risultato certo di evitare o ridurre il danno, e non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, poiché il creditore non è tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese. Cfr. Cass. 14 agosto 1997, n° 7618, in *Foro It.*, 1997, I, 3570; C ass. 21 aprile 1993, n° 4672, in *Foro It.* Rep. 1993, voce *Obbligazioni in genere*, n° 39.

¹¹³ Ad oggi si è solamente pronunciato l'Avv. Gen. Léger, secondo cui il diritto comunitario si oppone al previo esperimento di altri mezzi di tutela (come l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo) quale condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria.

diritti soggettivi e interessi legittimi¹¹⁴. Tale tema è stata trattato con particolare attenzione in Italia, in cui, per lungo tempo, dal dualismo fra diritti soggettivi e interessi legittimi discendeva, fino alla celebre sentenza della Corte di Cassazione 500/99, la risarcibilità solo dei primi e non dei secondi¹¹⁵. Tra l'altro, la sentenza è stata oggetto di particolare attenzione anche in chiave comparatistica, poiché la Suprema Corte, nello stabilire la risarcibilità degli interessi legittimi¹¹⁶, ha fatto espresso riferimento all'ordinamento comunitario¹¹⁷.

Nel corso degli ultimi dieci anni in particolare, giurisprudenza e dottrina hanno contribuito ad un allineamento dell'ordinamento italiano con l'ordinamento comunitario. I giudici hanno affermato la risarcibilità degli interessi legittimi, mentre la dottrina ha contribuito all'approdo ad una conclusione fondamentale, su cui oggi, quanto meno a livello teorico, vi è assoluta identità di posizioni. Ci riferiamo al fatto, già precedentemente affrontato, secondo cui la posizione giuridica soggettiva che si fonda sul

¹¹⁴ Nel capitolo III abbiamo iniziato ad accennare a tale questione per dimostrare la progressiva compressione del principio di autonomia degli Stati in favore del principio di effettività del diritto comunitario. Si tratta, evidentemente, di un tema che interessa l'illecito comunitario imputabile non solo alla P.A.; tuttavia, riteniamo opportuno considerarlo in questa sede, poiché la materia è stata oggetto di attenzione da parte di eminenti amministratori, e la questione è spesso sorta in casi di illecito per condotta dello Stato amministratore.

¹¹⁵ In questa sede non ci dilungheremo sulle ragioni, di carattere sostanziale e processuale, che hanno indotto la Corte di Cassazione italiana a mantenere per lungo tempo un orientamento contrario alla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi. A tal proposito rinviamo alla sconfinata dottrina disponibile in materia. In sintesi, ricordiamo che sotto un profilo sostanziale la lettura data da sempre dalla giurisprudenza all'art. 2043 c.c. si limitava a considerare il diritto soggettivo come l'unica situazione giuridica soggettiva che meritasse tutela risarcitoria. Sotto un profilo processuale, si poneva poi un problema di confine fra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, fondato, appunto, sulla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Ne derivava che il giudice amministrativo, che conosceva solamente degli interessi legittimi, poteva solo annullare l'atto lesivo, ma non poteva pronunciare condanna al risarcimento del danno sulle eventuali conseguenze patrimoniali pregiudizievoli e derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica. Al contempo, il giudice ordinario, che poteva condannare al risarcimento del danno, non poteva conoscere degli interessi legittimi.

¹¹⁶ Ricordiamo incidentalmente che le stesse S.U., nella sentenza 500/99 hanno offerto una definizione di interesse legittimo, "inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse del bene". Cass., SS.UU., sent. 22 luglio 1999 n° 500, in Foro It., 1999, I, pag. 2487.

¹¹⁷ Sentenza Cass. 500/99, par. 6.1. A tal proposito, tuttavia, ricordiamo che il diritto comunitario, come espressamente riconosciuto nella sentenza n° 500 del 1999, ha contribuito in modo decisivo ad indirizzare il sistema italiano verso l'abbattimento del principio dell'irrisarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi. Medesimo orientamento è condiviso da diverse corti europee.

diritto comunitario deve essere tutelata e, pertanto, nel caso, risarcita, a prescindere dalla sua classificazione secondo le categorie giuridiche municipali¹¹⁸. Per cui, è possibile considerare che tali posizioni costituiscono una categoria a sé stante, e non è necessario ricorrere alle classificazioni nazionali. Tale affermazione, tuttavia, non coincide con la totale irrilevanza della tradizionale distinzione, che rientra nel patrimonio giuridico culturale degli interpreti e che sopravvive anche di fronte alle più nette prese di posizione dei giudici comunitari¹¹⁹. Per cui, benché la risarcibilità degli interessi legittimi sia ormai principio assodato, non è infrequente che il giudice nazionale svolga comunque, a proposito di un “diritto” riconosciuto a livello comunitario, una riclassificazione in termini nazionali e che questa produca degli effetti¹²⁰. Si pensi al caso in cui tale “rilettura” secondo le categorie nazionali possa incidere sul giudizio circa la prevedibilità di ottenimento in concreto del bene della vita (nel caso in cui la posizione sia qualificata come interesse legittimo, tale prevedibilità sarà senza dubbio inferiore), o sul nesso causale, con automatici riflessi sulla quantificazione del danno¹²¹.

Sotto un diverso profilo, la qualificazione della posizione giuridica come interesse legittimo può produrre significativi effetti di ordine processuale. In primo luogo può essere decisiva nella determinazione dell'organo giudiziario competente per la risoluzione della causa, il che può avere

¹¹⁸ A tal proposito, v. Capitolo III.

¹¹⁹ Tra l'altro, gli interessi legittimi non sono indistintamente risarcibili. Infatti, se la lesione dell'interesse legittimo è senz'altro idonea ad integrare il danno ingiusto, essa tuttavia non è sufficiente per l'affermazione della risarcibilità del danno. A tal fine è necessaria la ricorrenza di requisiti ulteriori, con la conseguenza che spetta al giudice il compito di selezionare i danni da lesione di interessi legittimi ingiusti e risarcibili, distinguendoli da quelli ingiusti ma non risarcibili. Il problema consiste nel comprendere se tali condizioni debbano essere considerate anche quando la posizione giuridica tutelata è fondata sul diritto comunitario.

¹²⁰ È quanto successo nel caso Europa 7, in cui il giudice ha comunque valutato la posizione giuridica dell'attore secondo le categorie nazionali, e vi ha fatto dipendere, in parte, il grado di prudenza richiesto all'emittente nell'investimento finalizzato all'inizio dell'attività di emissione radiotelevisiva, e, in definitiva, commisurato la quantificazione del danno. In altri termini, il giudice ha accordato un risarcimento di entità particolarmente bassa rispetto alle pretese dell'attore, in considerazione, fra il resto, della natura (di interesse legittimo) della posizione giuridica vantata nei confronti dell'amministrazione.

¹²¹ Come precedentemente accennato, il lucro cessante spesso costituisce parte preponderante del danno lamentato dall'attore, per cui la sua diversa considerazione da parte dei giudici nazionali costituisce un importante ostacolo all'uniforme applicazione dei principi elaborati dalla Corte di giustizia.

importanti effetti in tema di diritto processuale¹²². A tal proposito, ricordiamo che la legge n. 205/2000 che ha affidato al giudice amministrativo la cognizione delle controversie relative alle pretese risarcitorie nelle materie di giurisdizione esclusiva, “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”¹²³. A seguito di tale intervento legislativo, si è ritenuto che la pronuncia di annullamento sia pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento del danno, non essendo possibile da parte del giudice amministrativo l'accertamento incidentale dell'atto non impugnato nei termini di decadenza. Per cui, dall'individuazione dell'organo competente, discenderanno importanti conseguenze di ordine processuale, fra cui spicca il tema della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto rispetto al risarcimento del danno; infatti la Corte di Cassazione a Sezioni Unite anche recentemente ha precisato che la parte può chiedere il risarcimento anche senza dover osservare il termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione di annullamento¹²⁴. In questo modo ha pertanto superato la regola della pregiudizialità amministrativa, tuttora mantenuta dal Consiglio di Stato¹²⁵.

Altra questione problematica, cui ci riserviamo di tornare più avanti, riguarda l'elemento soggettivo. Come noto, nella sentenza n. 500/1999 la Suprema Corte, ha affermato l'applicabilità, nel caso di lesione di interessi legittimi, dell'art. 2043 c.c., con conseguente dovere da parte dell'attore di provare la colpa della P.A.. Parallelamente, come sappiamo, il diritto comunitario ritiene sufficiente l'accertamento della “violazione sufficientemente caratterizzata” del diritto comunitario, il che impone una sorta di oggettivizzazione della responsabilità. In definitiva, mentre l'elemento soggettivo in diritto italiano è presupposto autonomo, secondo l'ordinamento comunitario non è che uno degli indici per la sussistenza del secondo presupposto, il che dimostra come modello comunitario e

¹²² Si pensi, per esempio, al già citato problema della pregiudizialità dell'atto amministrativo rispetto all'azione di risarcimento, sostenuta dal Consiglio di Stato, e fondamentalmente negata dalla Corte di Cassazione.

¹²³ La grande innovazione di tale legge consiste nel fatto, dunque, che il giudice amministrativo conosce del risarcimento del danno rispetto all'intero ambito della sua giurisdizione, sia quella per materia sia quella generale di legittimità.

¹²⁴ Cass. SS.UU., ordinanze n° 13659, 13660, 13991/2006.

¹²⁵ Cons. Stato, sez. V, sent. N. 5063/2006; Cons. Stato, sez. IV, sent. N. 2136/2007.

modello italiano non combacino perfettamente, poiché il requisito della colpa nel sistema italiano risulta più esteso rispetto al criterio imposto dal giudice comunitario. A tale tema, dedicheremo una specifica sezione.

La responsabilità del legislatore in Italia.

La questione dell'applicazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario al fatto del legislatore in Italia risente delle riserve dogmatiche che tradizionalmente caratterizzano la "responsabilità civile" del legislatore. In prima approssimazione, possiamo segnalare che se la Costituzione prevede espressamente una forma di responsabilità dei dipendenti pubblici¹²⁶, così non è rispetto al legislatore, ovvero all'organo titolare del potere politico sovrano. La responsabilità del legislatore italiano è stata in passato prefigurata da alcuni settori dottrinali¹²⁷; tuttavia, il legislatore italiano è sempre risultato esente da responsabilità a titolo di risarcimento del danno¹²⁸.

¹²⁶ Art. 28 Costituzione, già citato.

¹²⁷ A tal proposito, è possibile richiamare molti autorevoli contributi, a testimonianza della complessità della questione, risalenti anche ad un periodo precedente all'affermazione del principio di responsabilità dello Stato da parte della Corte di giustizia. Ad esempio, ricordiamo che Costantino Mortati aveva già prospettato la possibilità dell'esistenza della responsabilità del Parlamento in materia di pianificazione economica ex art. 41 Cost. (v., fra gli altri documenti, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, V, 1970, (pp. 153 - 191), pag. 190). Il tema è stato trattato, fra gli altri, anche in L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo, responsabilità*, in *Foro It.*, IV, 1952, (pp. 144 - 156); P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione Italiana*, Padova, 1953, pag. 175 e ss.; G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968, pag. 409. Per alcune riflessioni più recenti, v., fra gli altri, A. BARONE e R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro It.*, IV, 1992, (pp. 146 - 150), pag. 146 e ss.; LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore cit.*.

¹²⁸ Infatti, secondo un consolidato orientamento, l'attività di normazione primaria è vincolata al solo rispetto della Costituzione e l'illegittimità costituzionale di una norma non comporta alcuna responsabilità nei confronti dei singoli che, ottenuta l'eliminazione *erga omnes* della disposizione, si giovano in giudizio di tale effetto. In casi rarissimi è stata ammessa una responsabilità per il perdurare degli effetti applicativi della disposizione incostituzionale, ma solo per i danni prodottisi dopo l'accertamento dell'incostituzionalità. Gli atti amministrativi adottati nel presupposto di una legge incostituzionale sono illegittimi ed annullabili, e in definitiva ci si trova di fronte a un caso di responsabilità dell'Amministrazione. La giurisprudenza, nei rari casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi, ha sempre escluso che dall'esercizio scorretto del potere legislativo derivi un illecito, e, contestualmente un diritto al risarcimento (Cass. S.U., 8 gennaio 1993, n° 124, in *Foro It.*, 1993, I, 1487; Cass. S.U., 9 gennaio 1978, n° 53, in *Foro It.*, 1978, I, 612). Il tema si è ripresentato in un caso recentissimo, a proposito del quale il Tribunale di Venezia (Sez. III, 6 giugno 2008) non ha mutato orientamento, affermando, a proposito

Per illecito legislativo si intende un fatto inerente alla legislazione che è fonte di danno a soggetti titolari di situazioni giuridiche patrimoniali o di interessi patrimoniali rilevanti. Nell'ottica del diritto interno, l'illecito legislativo consiste nella rimozione della protezione di dette situazioni o interessi o nella mancata o inadeguata adozione di norme idonee a prevenire o impedire tale rimozione. Ad oggi, in caso di applicazione di legge successivamente dichiarata incostituzionale, la Corte Costituzionale ha riconosciuto, tuttalpiù, a favore dei cittadini, il diritto ad un equo indennizzo qualora il legislatore avesse adottato norme che, direttamente o indirettamente, si fossero poi rivelate in grado di cagionare danni ai singoli¹²⁹.

In tema di illecito comunitario imputabile alla funzione legislativa, come sappiamo, i giudici di merito e il giudice di legittimità hanno per lungo tempo seguito orientamenti divergenti, e solo negli ultimi anni i tragitti hanno ricominciato a convergere. Ora ci proponiamo di trarre alcune considerazioni conclusive, con riferimento ai dibattiti relativi alla responsabilità civile del legislatore per illecito costituzionale.

Come abbiamo visto, la giurisprudenza di merito non ha avuto particolari dubbi nel recepire gli orientamenti in tema di responsabilità promossi a

del prospettato illecito aquiliano di tipo omissivo, che "il Parlamento, in quanto costituzionalmente è il depositario di uno dei poteri fondamentali dello Stato mediante i quali si esercita la sovranità popolare, non può essere obbligato all'adozione di alcun provvedimento legislativo".

¹²⁹ Sent. Corte Costituzionale *Oprandi c. Ministero della Sanità*, 22 – 6 – 1990, n°307, FI, 1990, I, 2694. Con questa sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima la legge 4 febbraio 1965 n° 51, sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica, "nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia casualmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo". In quell'occasione il legislatore, non provvedendo con un'adeguata informazione o altri mezzi utili, non aveva adottato misure idonee ad impedire che fosse leso il diritto alla salute nei confronti della ricorrente nel giudizio *a quo*, la quale era stata contagiata dal contatto col figlio appena vaccinato, non essendo stata informata sulle precauzioni da adottare nell'accudirlo. Il che ha fatto sorgere in capo allo Stato il dovere di riparare il danno cagionato con un giusto indennizzo, perché, ad avviso della Corte, la vaccinazione obbligatoria avrebbe dovuto essere accompagnata da una corretta informazione per evitare che essa stessa potesse pregiudicare il diritto alla salute di chi entrava in contatto col soggetto vaccinato. Quindi la Consulta, pur escludendo il riconoscimento di una vera e propria responsabilità extracontrattuale del legislatore, ha affermato che il cittadino leso in un suo diritto fondamentale di chiedere un ristoro patrimoniale, seppure nella forma di semplice indennità, costituisce un innegabile passo avanti rispetto al principio di assoluta irresponsabilità del legislatore.

livello comunitario¹³⁰. Essa non si è soffermata su argomenti complessi quali quelli relativi alla configurabilità di un illecito del legislatore¹³¹. Semplicemente, quando il legislatore non è intervenuto nel recepire una direttiva scaduta o in altro modo ha violato il diritto comunitario, ha proceduto ad un'applicazione del principio di derivazione comunitaria, fondando la propria decisione sul principio di preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale difforme. Questo atteggiamento di apertura nei confronti degli orientamenti della Corte di giustizia è stato accompagnato ad argomentazioni non sempre lineari a proposito della configurabilità dell'illecito comunitario all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale¹³².

In termini generali, i giudici di merito, con riferimento ad interventi legislativi *ad hoc* quale il D.lgs. n. 80/1992, sono apparsi più favorevoli al riconoscimento, a favore del singolo danneggiato, di un vero e proprio risarcimento derivante da responsabilità extracontrattuale dello Stato, affermando “senza perplessità la natura aquiliana dell'illecito”¹³³. Peraltro, è sembrato che questa posizione fosse avallata da alcune pronunce della

¹³⁰ Il giudice di merito tende ad applicare in modo immediato e diretto il principio di responsabilità dello Stato, sulla base dei meri requisiti stabiliti dalla Corte e della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale difforme.

¹³¹ “... come si fa a pensare che l'attività discrezionale del legislatore possa dar luogo a sua responsabilità? Come si fa a definire “illegittimo” lo stesso operato del legislatore, cioè di colui che *detta* la legge, che per antonomasia riveste il ruolo di parametro della qualificazione di un atto, appunto, come illegittimo? Come si fa a qualificare “contro legge” l'operato, non solo commissivo ma perfino omissivo, del legislatore? Come si fa a non tenere conto del fatto che alla nozione corrente e tradizionale di Parlamento è speculare quella della responsabilità, per cui da un lato il Parlamento, come una volta il sovrano, non può commettere errori, e dall'altro il giudice, nel sistema costituzionale occidentale, è posto su un gradino troppo più basso rispetto al potere legislativo per poterne controllare gli atti? Forse che la capacità di esprimere la sovranità popolare non giustifica l'immunità del legislatore rispetto alle regole generali della responsabilità, dato che il suo dover tenere in conto l'interesse generale può portare alla lesione degli interessi di alcuni singoli?”. Cit. da A. GERMANÓ, E. ROOK BASILE, *La responsabilità dello Stato legislatore*, in *Rivista di diritto agrario*, 1998, (pp. 239 - 249), pp. 246 - 247.

¹³² Per esempio, il Tribunale di Caltanissetta nella sentenza Di Vincenzo ha correttamente applicato il paradigma comunitario, ma è caduto in contraddizione a proposito della presunta specialità della fattispecie e della necessità di farlo rientrare nell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.

¹³³ Cit. da Sent. Pretore di Vicenza, 14 febbraio 1995, in *Diritto del lavoro*, 1995, pag. 560. V. anche Tribunale di Parma, sent. 23 aprile 1994, in *Giustizia Civile*, 1994, pag. 2526.

Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul decreto in seguito ad alcuni dubbi di legittimità costituzionale avanzata dai giudici¹³⁴.

Ben diverso è stato per lungo tempo l'orientamento dei giudici di ultima istanza, che nell'affrontare le questioni relative alla natura giuridica della riparazione e della legittimazione passiva dell'obbligo di risarcimento, sono pervenuti a soluzioni opposte, e solo negli ultimi anni hanno abbandonato l'originaria posizione di rigetto di qualunque azione risarcitoria nei confronti del legislatore. Risale a tempi recentissimi (aprile 2009), infine, una sentenza con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione accordano all'attore un'indennità, ma al contempo negano la natura risarcitoria della riparazione¹³⁵. Mentre le prime hanno impostato la questione della risarcibilità del danno da violazione del diritto comunitario per fatto del legislatore nazionale riconducendo l'azione alla responsabilità civile ex art. 2043 c.c., ovvero all'inadempimento dello Stato rispetto agli obblighi ad esso incombenti in virtù della normativa comunitaria, le giurisdizioni di ultima istanza, solo con alcune divergenze¹³⁶, tradizionalmente negano la natura risarcitoria della tutela patrimoniale domandata e, conseguentemente, si sono pronunciate in senso sfavorevole rispetto al riconoscimento dello Stato-persona quale soggetto di diritto obbligato alla soddisfazione della pretesa risarcitoria del singolo¹³⁷.

La negazione della natura risarcitoria della tutela patrimoniale deriva dalla mancata riconduzione della responsabilità dello Stato legislatore per mancata o non tempestiva trasposizione di direttive comunitarie al modello dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c., poiché la Corte, in tempi precedenti alla sent. 500/99, considerava che non si potesse rinvenire

¹³⁴ V. Corte Cost., sent. 16 giugno 1993 n° 285, in Foro It., 1993, I, c. 2393. V. nello stesso senso Corte Cost., sent. 31 dicembre 1993 n° 512, in Foro It., 1994, I, c. 316.

¹³⁵ Il giudice si è riferito al caso di mancato o tardivo recepimento di direttiva comunitaria e ha stabilito che la compensazione del danno derivante da tale violazione del diritto comunitario deriva da un'obbligazione *ex lege* e non scaturisce dall'applicazione dell'art. 2043 c.c.

¹³⁶ Cass. Civ. sez. lav., 11 giugno 1998, n° 5846, INP S c. Iacobaccio e a., in Foro it. 1998, I, 2791; Cass. Civ. sez. III, 16 maggio 2003, n° 7630, Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Gronchi Luca, in Danno e resp., 2003, pag. 719 ss. Con nota di R. Conti, in id., p. 836 cc.; GIACALONE, *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo cit.*, pag. 1193 ss.

¹³⁷ Il diritto al risarcimento è quindi stato qualificato come credito di altra natura. Si pensi al caso Francovich, in cui ai soggetti è stato riconosciuto un credito da lavoro nei confronti dell'Inps, solamente perché la direttiva non recepita disciplinava una materia giuslavoristica.

nelle posizioni soggettive che il diritto comunitario attribuisce ai singoli quei diritti soggettivi che la norma tutela, bensì unicamente gli interessi legittimi. Anche a seguito di tale pronuncia, le resistenze non sono del tutto scemate, ma hanno insistito più su questioni teoriche che di pratica applicazione del diritto comunitario. La prudenza della Cassazione è riconducibile alle riserve relative alla possibilità che il legislatore sia condannato al risarcimento del danno per cattivo (o mancato, o tardivo) esercizio della sua funzione. In Italia tale eventualità è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale in un periodo ormai risalente, quando alcuni esponenti della dottrina hanno fatto riferimento alla responsabilità civile dello Stato per gli atti politici, ovvero per “i provvedimenti che per loro natura riguardano interessi superiori relativi alla direzione suprema dello Stato e che, in situazioni occasionali, mirano alla tutela degli interessi della collettività e delle istituzioni dello Stato”¹³⁸. Ciononostante, la giurisprudenza e la dottrina sono sempre stati concordi nell’affermare che in relazione a tali atti politici non sussistano posizioni individuali di diritto soggettivo tutelabili con l’azione risarcitoria. Ciò significa che da un c.d. “illecito legislativo” non deriva automaticamente una “responsabilità legislativa” poiché, secondo l’impostazione consolidata, è impossibile affermare, in capo al legislatore, una responsabilità giuridica ulteriore rispetto alla responsabilità politica. Il sistema costituzionale italiano, inoltre, non prevede una responsabilità del legislatore: “se la legge ordinaria viola una norma di rango superiore, la legge viene annullata; se una norma di rango superiore necessita di una legge ordinaria per essere attuata, bisogna attendere che il legislatore si liberi dalle sue diuturne fatiche e vi dia attuazione”¹³⁹.

Per cui, si può concludere che in ambito nazionale, una responsabilità dello Stato per i danni provocati dall’attività legislativa non è mai stata riconosciuta¹⁴⁰, e solo in anni recenti, sotto la spinta del diritto comunitario,

¹³⁸ Definizione fornita in Sentenza T.A.R. Lombardia sez. Brescia, Safa Ali Hassan c. Questore di Brescia, 12 – 2 – 1992, n°98, T.A.R., 1992, I, 1422.

¹³⁹ Cit. da MONATERI, *La responsabilità civile cit.*, pp. 852 – 853.

¹⁴⁰ Da ultimo, sono state rigettate le richieste di un soggetto che, affetto da una grave forma di asma bronchiale allergica, aveva citato in giudizio lo Stato italiano, per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni subiti a causa della reiterata esposizione al fumo passivo di sigarette, esposizione che sarebbe derivata da un intervento legislativo

il tema è tornato di attualità, tanto che parte della dottrina ha sollevato la questione, poiché “se è vero che il sindacato di legittimità costituzionale rende giudicabile l’operato del legislatore anche per quanto concerne la rispondenza ai motivi e ai fini costituzionalmente prescritti, l’analogia con la discrezionalità amministrativa e, soprattutto, con gli obblighi di natura comunitaria dovrebbe comportare la naturale estensione, al primo caso, dei rimedi risarcitori già introdotti nel nostro ordinamento a fronte di comportamenti illegittimi tenuti in questi ultimi due ambiti”¹⁴¹.

Per queste ragioni, la Corte di Cassazione ha preferito utilizzare la nozione di indennità piuttosto che quella di risarcimento. In questa fase intendiamo soffermarci sulle differenze che dal punto di vista teorico intercorrono fra risarcimento ed indennizzo. Si tratta di nozioni che connotano un ristoro economico al soggetto danneggiato in conseguenza di un comportamento del legislatore, ma il loro fondamento e significato sono sicuramente distinti. Il risarcimento presuppone non solo la volontà di compensare un danno, e pertanto di porre il soggetto danneggiato in una situazione economicamente equivalente a quello sussistente prima che il danno fosse arrecato, ma anche un’intenzione sanzionatrice. Il risarcimento si fonda necessariamente sul danno ingiusto e pertanto sulla colpa del soggetto agente; l’indennizzo, invece, ne prescinde totalmente. Questo è senza dubbio l’elemento fondamentale, poiché il caso di illecito comunitario riferibile all’attività legislativa consiste in una condotta del soggetto che, secondo l’ordinamento nazionale, esercita un potere sovrano e, pertanto, pone in essere una condotta che non può di per sé costituire un illecito. È quindi comprensibile che la Suprema Corte tenda a negare l’applicabilità, in un caso di questo genere, dell’art. 2043 c.c. che riguarda, appunto la responsabilità per atti illeciti: “... stante il carattere autonomo e distinto degli ordinamenti, comunitario ed interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell’ambito del diritto comunitario, non alla stregua

inadeguato, ovvero dall’art. 1, l.n. 584/1975. Caso commentato in C. OLIVA, *Il danno da "cattiva" legislazione e da omessa attività di controllo sull'osservanza delle leggi*, in *La Responsabilità Civile*, 5, 2009, (pp. 428 - 434). V. anche Tribunale di Venezia, Sez. III, 6 giugno 2008, Bincoletto c. Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell’interno, in *Danno e resp.* 1/2009, 82 – 84 con commenti di Lazari e Laghezza.

¹⁴¹ Cit. da *Ibidem*, pag. 432.

dell'ordinamento interno"¹⁴². Ciò detto, è evidente che la dottrina Francovich sotto questo profilo ha ampliato la portata del dibattito su questo tema ed ha senza dubbio indotto un cambiamento di orientamento, seppur a distanza di anni e non senza contraddizioni, anche da parte dei giudici di ultima istanza. Tanto che la Corte di Cassazione in alcune occasioni si è espressa nel senso di una effettiva integrazione dell'ordinamento italiano con quello comunitario, conformemente ai principi in materia di responsabilità extracontrattuale degli Stati enunciata dai giudici di Lussemburgo¹⁴³, ed è sembrata aver superato ogni residua perplessità circa la configurabilità della responsabilità per fatto del legislatore, considerato altresì il richiamo alla supremazia del diritto comunitario su quello interno, come riconosciuta dalla Corte Costituzionale¹⁴⁴. Per cui, anche il giudice di ultima istanza ha in alcune occasioni fatto espresso riferimento alla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., e pertanto previsto un regime di vera e propria responsabilità civile, e non una mera indennità. Il giudice si discosta dai propri precedenti ed accoglie l'azione risarcitoria riconoscendo il titolo comunitario della responsabilità. Come abbiamo visto in precedenza, la Cassazione ha distinto tra la natura del diritto al risarcimento del danno e quella della posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto, ed ha stabilito il diritto al risarcimento a seguito del verificarsi dei presupposti enucleati nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹⁴² Cit. da sent. 5 ottobre 1996, n° 8739, Inps c. Massa, in *Danno e responsabilità*, 1997, pag. 254. Nello stesso senso, v. Cass. Sent. 19 luglio 1995 n° 7832, Augello, in *Fallimento e procedure concorsuali*, 1996, pag. 137; Cass., sent. 9 settembre 1995 n° 9547, Menchetti, in *Giustizia civile*, 1996, I, pag. 1383, Cass. Sent. 9 gennaio 1997, n° 133, Inps c. Campanelli, in *Foro It.*, 1998, I, c. 1469.

¹⁴³ Ci riferiamo alla già citata sentenza 11 giugno 1998, in cui l'Alta Corte ha finalmente affermato la riconducibilità della fattispecie al dettato dell'art. 2043 c.c., ovvero che il credito dei lavoratori ha natura risarcitoria, "trovando la sua causa diretta ed immediata nella responsabilità dello Stato per inadempimento della direttiva CEE/80/987 che aveva imposto, entro un preciso termine, agli Stati della Comunità, e quindi anche all'Italia, di dare attuazione a detta direttiva".

¹⁴⁴ Cfr. Corte cost., 10 novembre 1994, n° 384, in *Foro it.*, 1995, I, 2050; 30 marzo 1995, n° 94, in *Foro It.*, 1995, 1081. Come precedentemente segnalato, in tempi più recenti la Corte ha confermato tale orientamento. Nella sentenza 16 maggio 2003, n° 7630 la Corte ha ribadito la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno subito dal singolo in conseguenza della violazione delle norme comunitarie da parte del legislatore per mancata attuazione di una direttiva comunitaria, condizionandola al verificarsi delle condizioni previste dalla giurisprudenza "Francovich".

In conclusione, ci prefiggiamo di svolgere alcune riflessioni in chiave critica. In primo luogo, è doveroso segnalare che le conclusioni della Cassazione non esauriscono la problematicità della questione, poiché si tratta di un punto di arrivo del tutto provvisorio, privo di una riflessione giuridica solida ed assestata. La stessa Suprema Corte in tempi recentissimi ha esplicitamente negato la natura risarcitoria della riparazione dovuta al soggetto danneggiato a seguito di mancato o tardivo recepimento di direttiva comunitaria. In generale, inoltre, è facile rilevare come le argomentazioni giuridiche della Cassazione siano poco inclini ad aperture particolarmente evidenti, tanto che parte della dottrina suggerisce cautela a proposito della portata innovativa delle sentenze. Gli stessi autori invitano a considerare il fatto che in realtà l'applicazione dell'art. 2043 c.c. piuttosto che l'affermazione di un'indennità, sia sostanzialmente priva di diretta rilevanza pratica ai fini del decidere le controversie con tale oggetto. Infatti, se l'ordinamento interno riconoscesse un sistema di indennità che, pur non affermando una vera e propria responsabilità civile, assicurasse il c.d. effetto utile del diritto comunitario, la tutela per i soggetti danneggiati potrebbe essere addirittura più ampia rispetto all'applicazione dell'art. 2043 c.c.. Questa conclusione, alla luce dell'ultima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è del tutto evidente, se si considera che il giudice ha riconosciuto, in tema di prescrizione, il termine decennale di diritto comune piuttosto che il termine quinquennale previsto per il diritto al risarcimento del danno. Ciononostante, tale distinzione fra risarcimento ex art. 2043 c.c. e indennità *ex lege* è rilevante sotto altri e diversi profili. In primo luogo, presenta qualche ragione di interesse teorico, "di sistema": data la classica tripartizione dei poteri dello Stato e posto che l'esercizio di due fra essi, quello amministrativo e quello giurisdizionale, può senza dubbio generare responsabilità civile e obblighi di risarcimento, bisogna chiedersi se il potere legislativo sia l'unico potere dello Stato il cui esercizio si situa in una sfera di immunità dal principio *neminem laedere* e dalle conseguenze risarcitorie che ne discendono. A tal proposito segnaliamo che il più delle volte, neanche in caso di illecito comunitario riferibile alle altre funzioni (P.A. e organo giurisdizionale), le rispettive condotte sono illecite secondo il diritto interno, eppure

l'applicazione dell'art. 2043 c.c. è fuori discussione. Inoltre, la questione proietta indirettamente riflessi sul tema, cui si è già fatto riferimento, circa la configurabilità, con la sola base della normativa italiana, della responsabilità civile dello Stato per cattivo esercizio del potere legislativo, produttivo di danni a terzi, nel caso di successiva dichiarazione di incostituzionalità della stessa. In altri termini, se il soggetto positivamente danneggiato da una legge poi dichiarata incostituzionale sia legittimato ad azionare dinanzi al giudice civile pretese di risarcimento del pregiudizio subito per siffatto esercizio *contra ius* del potere legislativo. Si tratta, in entrambi i casi, di (ipotetica) responsabilità per cattivo esercizio del potere legislativo. Tuttavia, non devono sfuggire le differenze e, in particolare, la più rilevante fra esse: mentre di fronte all'illecito comunitario del legislatore, il danneggiato gode comunque dello scudo protettivo del diritto comunitario e, pertanto, può ottenere riparazione anche in caso di atteggiamento preclusivo del diritto interno (in disapplicazione di questo), una siffatta seconda linea di difesa manca del tutto quando il danneggiato dalla cattiva legislazione si dolga di un illecito "costituzionale" del legislatore. In questo frangente, infatti, non vi è un ordinamento giuridico "altro", nel quale cercare la tutela negata dall'ordinamento statale. Tutto si risolve e si consuma all'interno di questo; o si ammette che questo (e solo questo) accordi la tutela risarcitoria, e allora il danneggiato avrà per questa via riparazione; oppure si assume che la neghi, e allora il danneggiato non avrà riparazione per nessun'altra via. Ecco in che senso la questione della configurabilità dell'illecito e della responsabilità dello Stato legislatore ha una valenza pressoché solo teorica di fronte alle violazioni comunitarie, mentre ha una valenza pesantemente pratica in caso di illecito costituzionale.

A sostegno della tesi contraria alla configurabilità dell'illecito costituzionale, è oggi possibile richiamare non tanto ragioni dogmatiche e sistemiche (cui abbiamo fatto riferimento nel capitolo II), quanto piuttosto motivi di tipo "politico", relativi alla funzionalità del sistema giudiziario ed alla compatibilità della finanza pubblica. È infatti facilmente immaginabile che l'ammissione di una responsabilità del legislatore per illecito costituzionale possa aprire un varco ad un'infinità di cause nei confronti

dello Stato, con il duplice negativo effetto di compromettere ulteriormente l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, nonché di sottoporre lo Stato al rischio di dover corrispondere ingenti cifre. La prospettiva di intasare il già sovraccarico circuito della giustizia civile, nonché di allargare a dismisura il ventaglio di ipotesi in cui lo Stato compare in causa come parte convenuta, è sicuramente stata alla base dell'atteggiamento di chiusura della Corte Costituzionale, che si aggiunge ad autorevoli prese di posizione da parte della dottrina. In definitiva, una volta constatato il parallelismo imperfetto fra le due ipotesi di illecito del legislatore, è lecito domandarsi se la preoccupazione per il “*flood of litigation*” giustifichi la persistenza dell'attuale situazione discriminatoria, per cui un cittadino che lamenti danno da legislazione contraria al diritto comunitario ottiene comunque tutela risarcitoria, mentre al cittadino che lamenti danno da legislazione contraria alla Costituzione quella tutela è negata in assoluto¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Il legislatore ordinario incontra, rispetto alla norma costituzionale, vincoli simili a quelli che discendono da un trattato internazionale. Perciò, nella specifica ipotesi in cui si tratti di leggi abrogate da una sentenza della Corte Costituzionale, è lecito chiedersi se il privato che abbia subito, durante la loro vigenza, un danno ingiusto, sia in una posizione sostanziale non molto differente dal privato danneggiato dalla tardiva attuazione di una direttiva comunitaria. Cfr. P. LAGHEZZA, *Fumo passivo, legislatore... pure: il Leviatano alle prese con la responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2009, (pp. 88 - 91), pag. 90.

La responsabilità del giudice.

A proposito della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad attività giurisdizionale, in Italia la dottrina è stata particolarmente attiva nell'opera di interpretazione, in seguito alla sentenza Traghetti del Mediterraneo, in cui è stato esplicitamente sollecitato un raffronto con quanto previsto dal legislatore italiano con la legge 117/1988. Lo studio delle ricadute della giurisprudenza comunitaria nell'ordinamento italiano appare di particolare complessità. Non vi è dubbio che l'illecito comunitario venga applicato in diritto italiano tramite l'utilizzo dell'art. 2043 c.c., e venga invece esclusa l'applicazione della legge 117/1998 relativa alla responsabilità civile del magistrato¹⁴⁶.

A tal proposito vi è chi sostiene che in realtà legge nazionale e paradigma comunitario applicabile all'attività giurisdizionale riguardino fattispecie diverse e che, pertanto, sia improprio un raffronto fra le due discipline: secondo questa tesi, l'illecito coniato a livello comunitario non si caratterizza in via ontologica quale illecito giudiziario, ma quale illecito dello Stato in senso proprio, "rispetto al quale è un accidente che si tratti di organo legislativo, esecutivo o giudiziario"¹⁴⁷. Secondo tale tesi, nel caso in questione devono essere applicati gli ordinari rimedi processuali, e anche la disciplina relativa all'elemento soggettivo deve essere rinvenuta nella disciplina di diritto comune, e non in quella relativa alla responsabilità civile del magistrato. La questione comunque rimane aperta, poiché la disciplina comunitaria e quella nazionale presentano indubbie affinità. In entrambi i casi si tratta di un illecito imputato in via diretta allo Stato per fatto commesso da una sua articolazione; inoltre, entrambe le figure si

¹⁴⁶ Ciò detto, permangono molte incertezze a proposito delle possibilità di convivenza delle due discipline e delle prospettive di influenza del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario riferito ad un organo giurisdizionale sulla disciplina nazionale di responsabilità civile del magistrato. Tra l'altro, come vedremo, nelle altre esperienze considerate anche in caso di illecito comunitario trova applicazione la disciplina relativa alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice.

¹⁴⁷ Cit. da SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 8.

fondano sul comune presupposto di una violazione di legge o di obbligo connotato da particolare gravità¹⁴⁸.

L'unica sentenza italiana a tale proposito conferma la (quantomeno provvisoria) convivenza fra le due discipline e un doppio binario di applicazione: nel caso in cui l'illecito dedotto sia la violazione della legge comunitaria, l'unico requisito per l'affermazione della responsabilità dovrebbe essere il carattere manifesto della violazione stessa da parte dell'organo giudiziario. Nei giudizi aventi ad oggetto condotte giudiziarie lesive di norme e diritti che si fondano unicamente sul diritto interno, continuerebbe invece a trovare applicazione la legge 117/88.

Anche supponendo che nell'ipotesi di illecito comunitario siano applicabili i presupposti propri dell'art. 2043 c.c. e non quelli della legge 117/88, le tensioni fra le due discipline, già denunciate dalla dottrina, non potranno che affiorare anche in sede di applicazione¹⁴⁹. Per ora, le sentenze emesse a tal proposito sono troppo poche per poter azzardare una disamina sulle soluzioni applicative dell'illecito comunitario imputabile alla funzione giurisdizionale in Italia. Tuttavia, la dottrina ha messo in luce i rapporti fra illecito comunitario e disciplina relativa alla responsabilità civile del magistrato, ne ha sottolineato le importanti diversità ed ha azzardato qualche previsione a proposito di un eventuale conflitto¹⁵⁰. Alcuni autori

¹⁴⁸ Tuttavia, nel primo caso "la gravità è riferita al fatto inteso in senso oggettivo, nell'altro alla colpa come elemento soggettivo della fattispecie". Cit. da T. TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, CEDAM, Padova, 2003, (pp. 644 - 679), pag. 675.

¹⁴⁹ Si tratta di un tema che in Italia è sempre stato al centro di un aspro dibattito politico, e la legge 117/1988 appare, secondo unanime opinione, del tutto inadeguata ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ai soggetti danneggiati dall'attività giurisdizionale. Peraltro, la giurisprudenza non ha certo contribuito ad allargare il sistema di tutele, rimanendo orientata per un'applicazione particolarmente restrittiva. V. Cassazione civile 31 maggio 2006, n° 13000; Cassazione civile 27 novembre 2006, n° 25123. In termini non dissimili si sono espresse corti di grado inferiore. V. Tribunale di Roma 2 gennaio 2002, in *Diritto e Giustizia*, 2004, 41, 76; Trib. Roma 28 giugno 2001, *Mediobanca.Banca di Credito Finanziario S.p.A. e Vincenzo Maranghi v. Repubblica Italiana*, in *Giur. Mer.*, 2002, 359, con Nota di F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, (pp. 362 - 366).

¹⁵⁰ L'opportunità di svolgere questa riflessione è stata offerta dalla sentenza Traghetti del Mediterraneo, in cui il giudice comunitario si è pronunciato sulla compatibilità di alcune previsioni contenute nella legge con il paradigma comunitario di responsabilità dello Stato per illecito imputabile all'autorità giurisdizionale o, per meglio dire, "la giurisprudenza comunitaria ha scardinato l'impianto della legge n° 117 del 1988". Cit. da F. BIONDI, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2006, (pp. 839 - 842), pag. 841.

hanno sostenuto che, in prospettiva, l'affermazione del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale implichi, alla luce del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., problemi di legittimità rispetto al rigoroso campo di applicazione posto dalla legge interna. Infatti, il cittadino italiano danneggiato a seguito di una violazione del diritto comunitario riferibile all'attività giurisdizionale potrebbe ottenere il risarcimento in termini molto più ampi rispetto al cittadino leso da una violazione del diritto interno. Otterrebbe il risarcimento il soggetto danneggiato a causa di un'errata interpretazione del diritto comunitario, ma non un altro soggetto che lamenti un'errata interpretazione del diritto interno¹⁵¹. Inoltre, il soggetto danneggiato a causa di un illecito comunitario imputabile al giudice avrà un'onere della prova dell'elemento soggettivo molto meno rigido rispetto a quello previsto dalla l. 117/1988. Infatti, mentre la Corte di giustizia ha elaborato un modello di responsabilità statale tendenzialmente oggettivo (che rimane sostanzialmente intatto anche in riferimento alla responsabilità del giudice), la disciplina italiana considera l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave come presupposto necessario per l'applicazione della normativa.

È certo possibile ricorrere, nell'analisi dei rapporti fra le due fattispecie, al criterio di specialità, nel senso di ricostruire la responsabilità affermata in sede comunitaria come speciale rispetto a quella di diritto interno. Come sappiamo, si tratta di due ipotesi che, quanto meno di principio, possono apparire ontologicamente diverse, poiché l'illecito comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale si presenta come un illecito dello Stato, e non giudiziario in senso proprio¹⁵². Pertanto, in mancanza di una specifica

¹⁵¹ Infatti l'attività interpretativa di diritto interno è esente da un vaglio in termini di responsabilità. Costituisce ostacolo decisivo la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, secondo la quale "nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove". Tale disposizione fu approvata in Parlamento con voto quasi unanime, poiché si voleva evitare la possibilità di giudicare il modo in cui il magistrato aveva interpretato la norma o valutato il fatto "e sul perché non avesse operato una diversa interpretazione o valutazione, così incidendo nella sostanza stessa della giurisdizione". Cit. da L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 103.

¹⁵² Secondo questo orientamento, la previsione, in seno alla legge 117/88, dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, anche se eventuale e nei limiti di una somma

disciplina, troverebbe applicazione l'art. 2043, mentre sarebbe inapplicabile la l. 117/88 non in forza dell'effetto utile del diritto comunitario ma in forza delle diversità di fattispecie e, quindi, nella mancanza di presupposti di applicabilità della normativa in discorso¹⁵³.

Secondo questa chiave di lettura, le due forme di responsabilità finiscono per coesistere poiché il campo di applicazione è diverso e il fatto storico è sussumibile sotto entrambe le norme solo in apparenza. Quest'ultimo orientamento è in linea con le perplessità manifestate da coloro i quali sottolineano che la responsabilità civile del magistrato non è modellata secondo lo schema della clausola generale, ma sulla base di ipotesi tipiche di illecito¹⁵⁴. La legge non solo pone l'accento sull'obbligo di riparazione dei danni a carico dello Stato, ma svincola la responsabilità statale da quella personale conducendo ad una "vera e propria rottura della bilateralità del rapporto tra danneggiante e danneggiato", in quanto non si può collegare "direttamente il magistrato danneggiante con chi ha subito il danno ingiusto, ma lo investe soltanto in sede di azione di rivalsa, esercitata dallo Stato che ha provveduto al risarcimento dei danni, nei limiti previsti dall'art. 2"¹⁵⁵.

In conclusione, la convivenza delle sue discipline pone questioni sotto due differenti profili. In tema di applicazione dell'illecito comunitario in Italia, le strade percorribili sono due. L'applicazione anche all'attività del giudice

predeterminata, dimostra come la fattispecie sia di responsabilità civile del giudice, nonostante l'azione sia esercitata nei confronti dello Stato.

¹⁵³ Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale cit.*, pag. 419.

¹⁵⁴ Cfr. L. CORSARO, M. POLITI, *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, (pp. 366 - 378), pag. 368. Gli autori a tal proposito affermano che, in realtà, lo scopo della normativa non è di individuare ipotesi di responsabilità del magistrato, ma "di definire ed affermare la responsabilità dello Stato per alcuni illeciti del magistrato".

¹⁵⁵ Cit. da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica di Diritto Privato*, 1988, (pp. 643 - 684), pag. 670. "Pertanto, mentre sul versante "esterno" e quindi nel rapporto con il cittadino-danneggiato lo Stato risponderà solo in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, su quello "interno" la responsabilità del magistrato riguarderà esclusivamente i suoi rapporti con lo Stato. Il cittadino, così, oltre a poter agire unicamente contro lo Stato, deve aver preventivamente esperito i mezzi ordinari di impugnazione contro gli atti del giudice, posto che la responsabilità nasce solo dopo che l'illecito è stato definitivamente consumato". Cit. da L. MANGIARACINA, *Responsabilità dello Stato membro per danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2008, (pp. 247 - 268), pp. 256 - 263.

dell'art. 2043 c.c.¹⁵⁶, oppure l'applicazione della disciplina di cui alla legge n. 117 del 1988, con contestuale disapplicazione delle disposizioni che, limitando la responsabilità del giudice, violano il principio di effettività del diritto comunitario¹⁵⁷. Sarebbe anche teoricamente possibile applicare gli articoli della legge 117/88 che non appaiono in contrasto con il diritto comunitario. Si pensi agli articoli dedicati ai termini di prescrizione che, seppur più brevi rispetto ai termini ordinari, sono sicuramente compatibili con il diritto comunitario¹⁵⁸.

Invece, sotto il profilo degli effetti indotti sulla disciplina italiana della responsabilità del giudice, sarebbe auspicabile (anche se improbabile in tempi brevi, considerata la delicatezza del tema) un nuovo intervento del legislatore italiano, magari persuaso del carattere ingiustificatamente discriminatorio di questa differenziazione fra strumenti di tutela a fronte di posizioni giuridiche interessate da forti elementi di analogia¹⁵⁹. In

¹⁵⁶ È l'orientamento seguito dal tribunale di Genova. La tesi è sostenuta anche da Scoditti e Caranta; il primo però perviene a tale soluzione perché si tratta di due azioni ontologicamente diverse; il secondo invece sostiene che nelle controversie che presentano profili di illecita violazione del diritto comunitario la l. 13 aprile 1988, n° 117 debba essere disapplicata perché risulta incompatibile con il diritto comunitario "sotto più e qualificanti profili". Cfr. CARANTA, *Giudici responsabili? cit.*, pag. 2395.

¹⁵⁷ Orientamento seguito dal tribunale di Roma. Tale impostazione, secondo cui la legge 117/88 è inapplicabile non nel suo complesso, ma solo nei suoi elementi più restrittivi, ci pare la più persuasiva, perché la presunta "differenza ontologica" fra le fattispecie non è tanto netta da concludere per una totale distinzione fra presupposti di applicazione. L'inapplicabilità della legge 117/88 solo in relazione ai suoi elementi più restrittivi, è affermata, peraltro, in DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale cit.*, pag. 457.

¹⁵⁸ La legge n° 117 del 1998 prevede il necessario, previo, esperimento dei mezzi di impugnazione ordinari e un termine di decadenza di due anni decorrente dall'esperimento degli ordinari mezzi impugnatori e, quando non sia possibile modificare o revocare il provvedimento del danno... Per il resto, la disciplina relativa alla responsabilità civile del magistrato appare incompatibile con il diritto comunitario sotto diversi profili. Non ci riferiamo solamente alle disposizioni relative ai casi di dolo o colpa grave e quelle relative alla clausola di salvaguardia (ovvero quelli già esaminati dalla Corte di giustizia). Ad esempio, si pensi al termine di prescrizione dell'azione di risarcimento contenuto nell'art. 4, o alla complessa procedura di cui all'art. 5 comma 1, che prevede un preliminare esame sull'ammissibilità della richiesta risarcitoria ad opera dello stesso giudice competente a decidere nel merito, il che costituisce un'ulteriore barriera che ha finito per bloccare la quasi totalità delle domande. Cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 194.

¹⁵⁹ A tal proposito, riproponiamo il pensiero di chi sostiene che "anche per evitare disparità di trattamento in situazioni distinguibili solo per la loro rilevanza "europea", la soluzione più auspicabile è senz'altro l'abrogazione del testo normativo in questione, e la riconduzione della problematica nell'alveo del diritto comune e delle disposizioni di cui agli artt. 2043 c.c.". Cit. da CARANTA, *Giudici responsabili? cit.*, pag. 2395. Del resto, non sarebbe certo il primo caso in cui la Corte di giustizia stimola l'adeguamento di istituti o altre situazioni non direttamente coinvolti dai principi espressi nella sentenza.

alternativa, sulla medesima constatazione potrebbe fondarsi una pronuncia della Corte Costituzionale in tema di c.d. “discriminazioni a rovescio”¹⁶⁰. Secondo l’ipotesi tuttavia più plausibile, il ruolo di raccordo fra livello comunitario e ordinamento interno sarebbe un’altra volta ricoperto dalla Corte di Cassazione, tramite un’interpretazione della disposizione nazionale quanto più possibile in consonanza con le linee dettate dalla Corte di giustizia¹⁶¹. Si tratta, evidentemente, di una questione in evoluzione, costellata ancora da molti margini di incertezza¹⁶². Ciò che però appare chiaro è che, su impulso della giurisprudenza comunitaria, il

¹⁶⁰ C’è chi a tal proposito, si riferisce ad una “discriminazione alla rovescia” fra gli stessi cittadini italiani. Nell’ipotesi in cui non ritenesse che l’interpretazione della disposizione in conformità al diritto comunitario comporti l’applicazione della dottrina dei controlli, potrebbe dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, estendendo così la disciplina favorevole alla tutela del cittadino affermatasi in sede comunitaria. Cfr. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell’attività interpretativa cit.*, pp. 1130 – 1131. D’altra parte, la persistenza di tale “doppio binario” potrebbe condurre ad una violazione dell’art. 3 della Costituzione italiana, poiché le posizioni giuridiche di derivazione comunitaria vengono tutelate maggiormente rispetto a quelle fondate sul diritto interno; si pensi alla c.d. clausola di salvaguardia, ma anche alle già esaminate questioni relative all’elemento soggettivo, ai termini di prescrizione e alla procedura di cui all’art. 5 l. 117/88. Tale tesi è ben espressa da Roppo, secondo cui, “a seguito del riconoscimento del principio della responsabilità comunitaria dello Stato derivante da provvedimento giurisdizionale senza più gli ostacoli dell’attività di interpretazione di norme e di valutazione dei fatti e delle prove, nonché del limite del dolo e della colpa grave, dovrebbe emergere l’illegittimità costituzionale della l. 117/88 laddove, irragionevolmente e in contrasto con il principio di eguaglianza, dispone per le violazioni giudiziarie del diritto interno un grado di protezione più basso di quello accordato per le violazioni del diritto comunitario”. Cit. da V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una “case story” in attesa del finale*, in *Rivista diritto privato*, 11, 2, 2006, (pp. 347 - 376), pag. 375.

¹⁶¹ Ad esempio, vi è chi ipotizza che la Suprema Corte potrebbe “considerare come “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” di cui alla lettera a) del comma 3 dell’art. 2 della legge 117/1988, qualsiasi violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario (rinviando in tal modo anche ai criteri indicati dall’organo giudiziario sopranazionale) per “proteggere” la disciplina italiana della responsabilità civile del magistrato (almeno con riferimento a questa parte del documento normativo), senza dover incorrere nella difficile scelta tra la drastica, ma doverosa, disapplicazione di essa o la sua (comunitariamente illegittima) applicazione, soluzione quest’ultima che rischierebbe, a lungo andare, di causare allo Stato gravi conseguenze (come possono essere quelle derivanti da una responsabilità non solo di natura civilistica, ma anche pubblicistica, ossia nei confronti della Comunità”. Cit. da F. FERRARO, *L’illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (seconda parte)*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2007, (pp. 629 - 641), pp. 635 – 636.

¹⁶² Si pensi, ad esempio, ad altre questioni quali, ad esempio, la possibilità che l’illecito aquilano dello Stato-apparato giudiziario quando la violazione sia connessa ad un organo giurisdizionale non di vertice, e quindi non solo all’organo supremo ma con riguardo all’attività di qualsiasi giudice, di ogni natura e grado. Altra questione è connessa alla possibilità che il diritto al risarcimento derivi da una decisione incompatibile col diritto comunitario emessa dalla Corte Costituzionale. Allo stesso modo, rimane aperta la questione relativa all’applicazione dell’illecito comunitario per comportamento del Consiglio di Stato, della Autorità indipendenti (si pensi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) e della Corte dei Conti. Questioni accennate in *Ibidem*, pp. 640 – 641.

principio di legalità e di autorità della cosa giudicata dovranno essere ritematizzati anche in chiave di diritto interno¹⁶³.

¹⁶³ Per ora, non c'è dubbio che alcuni orientamenti della giurisprudenza comunitaria hanno imposto soluzioni che conducono a delle inevitabili limitazioni del principio di legalità. Ci riferiamo non solo alle ben note sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo, ma al noto caso Lucchini, in cui la Corte ha dichiarato, su domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano, che una sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può costituire un ostacolo al recupero di un aiuto statale corrisposto in violazione del diritto comunitario, sancendo così, in sostanza, l'esigenza di disapplicare l'art.2909 c.c.. Cfr. A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, (pp. 1 - 28), pp. 22 – 23.

La responsabilità per violazione del diritto comunitario imputabile agli enti territoriali.

Come sappiamo, la Corte di giustizia ha più volte ribadito che il privato può esperire l'azione risarcitoria nei confronti non solo dello Stato, ma anche di un ente territoriale, nel caso in cui la violazione sia imputabile a quest'ultimo¹⁶⁴. A tal proposito, ricordiamo che, viceversa, lo Stato risponde come ente unitario della responsabilità internazionale per la condotta di tutti i suoi organi o delle sue unità territoriali, in quanto unico soggetto di diritto internazionale, in grado di assumere obblighi perché titolare dell'unico, originario, potere di governo che potrà garantirne il pieno rispetto¹⁶⁵.

Con il passare del tempo, l'ampliamento delle competenze, di tipo sia legislativo che esecutivo, degli enti substatali, ha condotto ad una parallela espansione delle ipotesi di illecito comunitario imputabile a tali soggetti. Inoltre, il nuovo testo dell'art. 114 Cost., che parifica la dignità delle Regioni, oltre che dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, a quelli dello Stato, come elementi tutti a pari titolo costitutivi della Repubblica, dimostra la rilevanza in ambito comunitario anche di soggetti pubblici diversi dallo Stato¹⁶⁶.

Alcune delle sentenze precedentemente richiamate riguardano casi in cui il soggetto passivo è un Comune che, mal applicando la disciplina relativa

¹⁶⁴ A tal proposito, rimandiamo alla sezione dedicata all'illecito comunitario imputabile agli enti territoriali, nel capitolo II. Nel secondo capitolo abbiamo affrontato la progressiva attenzione delle istituzioni europee nei confronti del fenomeno regionalistico e di decentramento territoriale interno agli Stati. Per un approfondimento sul riconoscimento dell'autonomia regionale all'interno della Costituzione europea, v. L. DOMENICHELLI, *Le Regioni nella Costituzione europea. Elogio delle virtù nascoste della consultazione*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 95 – 134.

¹⁶⁵ Cfr. F. MUCCI, *"Potere estero", diritto internazionale e riforma del titolo V della Costituzione*, in A. D'ATENA, *Diritto, diritti e autonomie. Tra Unione Europea e riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2003, (pp. 45 - 67), pag. 53.

¹⁶⁶ Cfr. G. PIZZANELLI, *Libera prestazione dei servizi, cittadinanza europea, principio di non discriminazione e responsabilità per inadempimento dello Stato unitariamente considerato: il caso della disciplina italiana sull'ingresso a musei gestiti da Regioni ed enti locali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2003, (pp. 1564 - 1577), pag. 1571. L'autore prosegue la riflessione affermando che "una nuova architettura del sistema delle fonti dell'Unione inciderebbe indubbiamente anche sull'interpretazione della portata del nuovo Titolo V e sulla piena consapevolezza delle entità regionali di un ruolo elevato a cruciale importanza in ambito comunitario".

agli appalti, ha violato il diritto comunitario¹⁶⁷. In prospettiva, è possibile che il ventaglio di possibili violazioni imputabili ad enti locali si allarghi anche ad altri casi, per effetto dell'ampliamento delle competenze regionali operato con la riforma del Titolo V della Costituzione¹⁶⁸. In altri termini, una più consistente devoluzione di competenze legislative ed esecutive prelude necessariamente ad un loro maggiore coinvolgimento alle dinamiche comunitarie nella fase discendente, con maggiore esposizione al rischio di trovarsi legittimate passive dell'azione di risarcimento¹⁶⁹.

A proposito della (scarna) disciplina applicabile a tali fattispecie, ricordiamo che la partecipazione delle Regioni alle dinamiche comunitarie è disciplinato a livello costituzionale dall'art. 117 comma 5, ma che la genericità della disposizione provoca una mera rimessione del problema delle concrete modalità di intervento al legislatore ordinario statale¹⁷⁰. Con tale articolo è sancito il potere statale di sostituzione a garanzia del corretto adempimento degli obblighi comunitari da parte delle Regioni, in due distinte ipotesi. La prima è quella contemplata dal comma 5 dell'art. 117, che, nell'affidare alla legge statale la disciplina delle procedure di esecuzione e di attuazione da parte delle Regioni, demanda ad essa anche di regolamentare l'esercizio del potere sostitutivo "in caso di inadempienza". La seconda ipotesi è quella presente nell'art. 120 comma 2, che prevede un potere sostitutivo del Governo nei confronti degli organi delle Regioni (oltre che degli altri enti territoriali), tra l'altro, per il caso di

¹⁶⁷ Più in generale, i Comuni sono i soggetti che più facilmente incorrono in violazione del diritto comunitario riferibile alla funzione amministrativa, poiché in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione italiana, è stata loro attribuita competenza amministrativa generale. La definizione dei poteri e la consistenza delle funzioni amministrative locali è enunciata nell'art. 114, comma 2, Costituzione Italiana.

¹⁶⁸ Ci riferiamo alla legge costituzionale n° 3/2001, approvata l'8 marzo 2001 e confermata in via referendaria il successivo 7 ottobre (modifiche al Titolo V della parte II Cost.), la quale ha completato la riforma del regionalismo avviata da due leggi di revisione costituzionale: la l. n° 1/1999 (revisione delle norme sull'autonomia statutaria e sulla forma di governo delle Regioni ordinarie) e la l. cost. n° 2/2001 (che ha esteso alle Regioni ad autonomia speciale una disciplina analoga a quella dettata da quest'ultima).

¹⁶⁹ Segnaliamo che le Regioni possono ovviamente commettere illecito comunitario anche nelle loro funzioni amministrative. Si pensi al caso emblematico, verificatosi in diversi paesi membri, degli aiuti di Stato.

¹⁷⁰ L'articolo attribuisce alle Regioni il potere di provvedere, nelle materie di loro competenza, "all'attuazione e all'esecuzione ... degli Atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza".

“mancato rispetto” di norme della normativa comunitaria (oltre che di norme e trattati internazionali)¹⁷¹.

Grazie a tali poteri sostitutivi, dunque, anche se, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione è caduta la generale presunzione di competenza in favore del legislatore statale, il ruolo “tutorio” dello Stato permane in forza di quest’ultimo articolo¹⁷² e dei suoi atti normativi attuativi (d.lgs 112/1998, artt. 2 e 5 e art. 8 l. n. 131/2003). Per cui, in caso di violazione del diritto comunitario imputabile ad un legislatore regionale, sarà sempre comunque possibile rivolgersi allo Stato centrale, colpevole, quanto meno, di non aver esercitato il proprio potere sostitutivo. Per quanto riguarda, infine, la concreta individuazione del legittimato passivo all’azione di risarcimento, in mancanza di specifiche sentenze in materia, è possibile in via interpretativa considerare possibile che il soggetto danneggiato agisca nei confronti della Regione in questione, nella persone del Presidente della Giunta regionale, per ragioni analoghe a quelle addotte in tema di responsabilità del legislatore nazionale.

Nel caso in cui lo Stato sia condannato al risarcimento dei danni derivanti da una condotta anticomunitaria di un ente locale, è presumibile l’esercizio di un’azione di rivalsa del primo nei confronti del secondo. Secondo alcuni autori, in tale ipotesi sarebbero applicabili alcune disposizioni concernenti le modalità di esercizio del diritto di rivalsa in relazione al pagamento di sanzioni pecuniarie derivanti da sentenze di condanna rese dalla Corte, ai sensi dell’art. 228, par. 2, del Trattato CE, nonché all’obbligo di restituzione di somme indebitamente percepite provenienti dai fondi strutturali¹⁷³. Ci riferiamo alle previsioni introdotte dalla Legge Comunitaria 2007 (art. 6 della Legge 25 febbraio 2008, n. 34), ed inserite nell’art. 16-bis della Legge 4 febbraio 2005, n. 11, con il duplice obiettivo di realizzare una completa e tempestiva applicazione delle norme comunitarie da parte degli enti territoriali e pubblici, ed evitare che l’inadempimento da parte di questi ultimi determini degli oneri a carico del bilancio dello Stato.

¹⁷¹ A proposito della possibilità che in realtà le due ipotesi coincidano, v. A. D’ATENA (ed.), *L’Europa delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 140 – 141.

¹⁷² V. A. D’ATENA, *Le regioni dopo il big bang: il viaggio continua*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 15 – 18.

¹⁷³ Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pp. 128 – 129.

In realtà, il silenzio del legislatore in merito alla responsabilità risarcitoria degli Stati membri per gli atti di organi o enti pubblici, solleva diverse perplessità a proposito dell'applicabilità di tale normativa all'illecito comunitario. Inoltre, l'assenza di casi di questo genere nonché la scarsa probabilità che tale ipotesi si verifichi, dipende dal fatto che la fissazione di un lungo elenco di materie di competenza concorrente e, d'altro lato, il "potere sostitutivo" dello Stato, limitano fortemente i casi di violazione del diritto comunitario imputabili agli enti substatali, poiché lo Stato sarebbe responsabile in solido per tutte le ipotesi di violazione imputabile ai legislatori regionali. La questione rimane dunque in apparenza aperta a proposito delle funzioni amministrative degli enti locali¹⁷⁴. A tal proposito, tuttavia, è in qualche modo fisiologico che i soggetti danneggiati agiscano contro tali enti e non contro lo Stato in quanto tale, per evidenti questioni di opportunità e strategia processuale, nonché per il fatto che molto spesso l'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario viene esercitata in subordine rispetto ad altre azioni che possono essere rivolte solamente nei confronti del soggetto pubblico cui il danno ingiusto sia effettivamente imputabile.

Altra questione è quella relativa alla violazione del diritto comunitario per applicazione di normativa nazionale anticomunitaria. Si tratta di casi, piuttosto frequenti, di slittamento della responsabilità dal legislatore all'amministratore¹⁷⁵. In casi di questo genere, l'ente pubblico che abbia cagionato il danno tramite mera applicazione di disciplina nazionale, avrà l'onere di provare la scusabilità dell'errore commesso o, in un'alternativa puramente ipotetica e remota, di rivalersi nei confronti dello Stato, ipotesi ammissibile da un punto di vista teorico, ma del tutto improponibile nella prassi. Se mai, è più facile immaginare una forma di compensazione che superi l'impostazione giudiziale e prediliga forme di concertazione fra livelli di governo.

¹⁷⁴ Ci riferiamo in particolare ai Comuni, che in forza dell'ultima riforma, sono titolari di una competenza amministrativa generale. Infatti, il nuovo testo ha decretato il superamento del principio del parallelismo delle funzioni, in forza del quale le funzioni amministrative spettano allo stesso ente che, nelle materie che ne formano oggetto, è chiamato ad esercitare quelle legislative. Cfr. D'ATENA, *Le regioni dopo il big bang cit.*, pag. 21.

¹⁷⁵ Un caso di questo tipo, seppur non coinvolgente un ente locale, è costituito, come noto dal caso Europa 7 giudicato dal Consiglio di Stato.

L'illecito comunitario nell'ordinamento italiano, secondo i profili e le categorie della responsabilità patrimoniale.

La natura risarcitoria dell'illecito comunitario e le sue conseguenze.

La figura dell'illecito comunitario, come sappiamo, persegue la finalità di compensare i cittadini danneggiati in conseguenza di una violazione del diritto comunitario addebitabile ad uno Stato membro in una delle sue funzioni o articolazioni. Come sappiamo, inoltre, il diritto comunitario è in generale indifferente ai procedimenti giuridici interni attraverso i quali tale ristoro economico viene accordato, purché sia assicurato l'effetto utile del diritto comunitario. Per cui, in principio, il diritto comunitario non osta a che uno Stato assicuri la compensazione dei danni arrecati ai singoli attraverso strumenti diversi dalla responsabilità civile. La questione è già stata ampiamente trattata in precedenza, e quindi in questa sede è sufficiente richiamare alcuni dati essenziali nonché proseguire con alcune riflessioni di insieme. La questione della natura della riparazione dovuta al soggetto danneggiato a seguito di violazione del diritto comunitario è stata affrontata a proposito dell'illecito legislativo. Abbiamo visto l'atteggiamento ondivago della Suprema Corte al momento di affermare la natura della compensazione accordata al soggetto danneggiato e, spesso, la negazione dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. A tal proposito, riteniamo più rilevanti i risvolti pratici di tale questione, rispetto alle implicazioni teoriche, per cui risulta del tutto ammissibile la non applicazione dell'art. 2043 c.c., tanto più che la soluzione opposta (indennità *ex lege*) appare più favorevole nei confronti delle posizioni individuali¹⁷⁶. Tuttavia, non ci

¹⁷⁶ Del resto, è evidente che le regole generali in tema di responsabilità extracontrattuale soccorrono, in tutti quegli ambiti non regolati dai presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia, anche se il giudice nazionale afferma la non applicabilità dell'art. 2043 c.c.

sembra accettabile l'argomentazione secondo cui tale articolo non può essere applicato per mancanza del presupposto del danno ingiusto. Non c'è dubbio che la condotta del legislatore sia perfettamente lecita secondo i parametri dell'ordinamento nazionale. Tuttavia, in moltissimi casi di illecito comunitario, riferibili ad attività amministrativa o giudiziaria, si tratta di condotte del tutto lecite secondo il diritto interno, eppure l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. è fuori discussione. Per questo motivo, riteniamo preferibile concentrarci più sulle questioni realmente rilevanti per la tutela delle posizioni dei cittadini europei, piuttosto che approfondire questioni puramente teoriche, peraltro circondate da un alone di ambiguità ed incoerenze. Dell'illecito legislativo si è già detto, così come dell'applicazione dell'art. 2043 c.c. all'illecito riferibile all'amministrazione e agli organi giurisdizionali. Possiamo ancora dire che la tendenza dei giudici nazionali consiste, correttamente in una diretta applicazione dei presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia, e pertanto di un'affermazione del titolo comunitario della responsabilità. Questo orientamento è particolarmente evidente nell'ipotesi di applicazione del paradigma comunitario in caso di illecito imputabile ad un organo giurisdizionale. In tale eventualità non c'è dubbio che sia applicabile l'art. 2043 c.c., ma l'enfasi posta dal giudice sul titolo comunitario dell'illecito gli permette di distinguere questa ipotesi rispetto ai casi di responsabilità dello Stato per fatto del giudice così come disciplinato in diritto interno, secondo la legge 117/88. In definitiva, sul titolo comunitario della responsabilità si fonda la sua specialità e, pertanto, la non applicazione della parallela ma distinta disciplina prevista dall'ordinamento italiano per illeciti riferibili alla funzione giurisdizionale. Non vi sono pertanto dubbi sulla natura risarcitoria della riparazione dovuta al soggetto danneggiato da violazione del diritto comunitario addebitabile ad organo giurisdizionale interno; peraltro, ben pochi margini di incertezza permangono a proposito dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c., piuttosto che della l. 117/88¹⁷⁷.

Bisogna quindi sempre tenere ben distinte le declamazioni del giudice rispetto alla sostanza delle sue decisioni.

¹⁷⁷ Le uniche perplessità riguardano l'applicabilità delle poche disposizioni di tale legge non dichiarate incompatibili con il diritto comunitario da parte della Corte di giustizia. Infatti, continuiamo a mantenere dei dubbi circa la totale diversità delle fattispecie

Il giudice competente.

La questione dell'organo competente a giudicare in Italia è ora piuttosto chiara, dopo una lunga fase di assestamento in cui i giudici hanno dato a tale interrogativo delle risposte talvolta stravaganti. Si pensi ad esempio al caso in cui è stato stabilito che una domanda di risarcimento del danno avanzata nei confronti dello Stato dai lavoratori non pagati a causa dell'insolvenza del datore di lavoro rientrasse *ratione materiae* nella competenza funzionale inderogabile del giudice del lavoro¹⁷⁸.

Nel caso specifico, la dottrina ha immediatamente messo in luce che tale soluzione non è condivisibile, poiché attrae un'azione ex art. 2043 c.c. nella competenza del giudice del lavoro solo perché all'origine vi è un rapporto di lavoro, quando, in verità, l'azione di danno è condotta contro lo Stato non in quanto debitore surrogato al datore di lavoro, ma proprio per il fatto illecito consistente nella sua inerzia ad attuare la direttiva che lo avrebbe reso un surrogato della tasca profonda del datore di lavoro¹⁷⁹.

In termini generali, la questione è se la domanda contro lo Stato debba essere proposta davanti al giudice amministrativo o davanti al giudice ordinario. A tal proposito segnaliamo che, nei casi in cui si verta in materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o comunque si tratti di provvedimenti amministrativi illegittimi, saranno senza dubbio esperibili i rimedi previsti dall'ordinamento interno, ivi

regolate, rispettivamente, dal paradigma comunitario riferito all'attività giurisdizionale e dai casi di responsabilità dello Stato per illecito del magistrato secondo la disciplina interna. Per cui non escludiamo che, in caso di violazione del diritto comunitario da parte di un giudice italiano sia applicabile, per esempio, il termine di prescrizione breve previsto dalla legge speciale. Infatti, tale articolo è a nostro parere del tutto compatibile con il diritto comunitario e del tutto rispettoso del principio di effettività del diritto comunitario.

¹⁷⁸ Nonché, "che il soggetto passivo ex art. 2043 va individuato nello Stato in persona del Presidente del Consiglio dei ministri *pro tempore*". Sentenza Pretore Pistoia, Innocenti c. Gov. Italia, 20-10-1992, GC, 1993, I, 301; MGL, 1993, 97.

¹⁷⁹ In ogni caso, la tesi opposta è stata sostenuta fino a tempi relativamente recenti. Ad esempio vi è chi ha sostenuto che "Lo stesso criterio deve essere utilizzato, ogni volta che si voglia far valere la responsabilità dello Stato per violazione di una qualsiasi norma di diritto comunitario: ai fini dell'individuazione del giudice competente, bisogna fare riferimento alla natura della posizione giuridica tutelata dalla normativa comunitaria, ma non garantita dall'ordinamento interno. Se ci si trova dinanzi ad un rapporto di lavoro dovrà essere adito il giudice del lavoro, altrimenti sarà competente il giudice ordinario". Cit. da MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 695.

compreso quello risarcitorio, dinanzi al giudice amministrativo¹⁸⁰. Tuttavia, se il privato non intende agire nei confronti della pubblica amministrazione in quanto tale, ma intende invocare direttamente la responsabilità dello Stato per la condotta della P.A. contraria al diritto comunitario, dovrebbe essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario¹⁸¹.

Per quanto riguarda l'illecito riferibile alla funzione legislativa, il giudice competente è il giudice ordinario. Questo caso, fra l'altro, presenta meno incertezze, poiché, come detto, si tratta dell'unico caso in cui è possibile richiedere una riparazione dei danni patrimoniali occorsi in conseguenza di attività legislativa.

Per quanto riguarda l'illecito riferibile alla funzione giurisdizionale, la soluzione è la medesima, poiché trovano applicazione le affermazioni delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui l'azione di responsabilità deve essere proposta davanti al giudice ordinario¹⁸². Tale

¹⁸⁰ L'art. 7 l. 205/00 ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alle domande risarcitorie correlate all'impugnazione di provvedimenti nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

¹⁸¹ Del resto, come più volte ricordato dalla Corte di giustizia, l'oggetto specifico dell'azione resta la condotta dello Stato unitariamente considerato, a prescindere dalla funzione o articolazione cui sia concretamente riferibile la violazione. Cfr. CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno cit.*, pag. 98. La questione è ben sintetizzata da Guido Alpa, quando afferma: "mentre non vi sono dubbi sulla competenza generale del giudice ordinario per la responsabilità dello Stato in ordine alla violazione di obblighi comunitari, tale competenza deve intendersi affidata al giudice amministrativo quando gli interessi incisi appartengano alle materie oggetto di giurisdizione esclusiva come ridefinite dalla legge n° 205/2000". Cit. da ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione cit.*, pp. 314 – 315. Molto spesso, l'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario è proposta in subordine ad altre azioni. V., ad esempio, il caso Europa 7, in cui l'attore ha richiesto la condanna delle amministrazioni all'adempimento dall'art. 1 co. 1 della concessione rilasciata all'appellante, per la radiodiffusione privata su frequenze terrestri in ambito nazionale, in data 28 luglio 1999, o che le stesse Amministrazioni vengano, in subordine, condannate ad assegnare ad Europa 7 canali comunque idonei a farle raggiungere la «copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia». In subordine, Europa 7 ha chiesto l'integrale risarcimento dei danni subiti, dapprima sulla base dell'ordinamento interno, e ("in estremo subordine") sulla base dell'ordinamento comunitario.

¹⁸² A proposito della determinazione della competenza territoriale, si applica l'art. 4 della legge n° 117/1988, così come riformato dalla legge 2 dicembre 1998, n° 420, recante "Disposizioni per i procedimenti riguardanti i magistrati". Competente è il tribunale della Corte d'Appello, da determinarsi a norma dell'art. 11 c.p.p. e dell'art. 1 delle norme di attuazione, coordinamento e trans. c.p.p., approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n° 271. L'art. 4, legge 13 aprile 1988, n° 11 7 non trova però applicazione, quanto al criterio territoriale, nel caso di responsabilità dei componenti della Corte di Cassazione, con la conseguenza operativa delle regole comuni. Analogo discorso sembra doversi fare con riguardo al Consiglio di Stato. Infatti, entrambi gli organi, operando a livello nazionale, non sono ricollegabili ad alcun distretto di Corte d'Appello (Cass. 4 febbraio 2003, n° 1653 ha stabilito la competenza territoriale – ex art. 3 legge n° 89/2001 – la Corte d'appello di Roma). Vi è però chi sostiene che anche in questo caso la competenza

conclusione è perfettamente condivisibile, e a tal proposito appare peraltro indifferente l'autorità giurisdizionale – ordinaria, amministrativa o contabile – cui è ascrivibile la violazione, così come la posizione giuridica violata. Del resto, come sappiamo, l'oggetto del giudizio risarcitorio non si pone in linea di continuità con quello da cui è dipesa la violazione; piuttosto, intenderà elidere le conseguenze dannose che quella decisione ha prodotto¹⁸³.

In definitiva, anche la questione del giudice competente è collegata alla considerazione della violazione come imputabile direttamente allo Stato (a prescindere dal fatto che la violazione sia riconducibile al legislatore, al giudice o alla pubblica amministrazione) oppure come imputabile all'organo statale la cui condotta sia incompatibile con il diritto comunitario. Sarà pertanto competente a conoscere della domanda di risarcimento il tribunale ordinario, ovvero il giudice amministrativo, secondo i criteri di ripartizione della giurisdizione *ratione materiae* stabiliti anche dal d.lgs. n. 80 del 1998¹⁸⁴. Il problema, come abbiamo visto, sorge in particolar modo a proposito della violazione imputabile alla P.A.; in questo caso, dipende dalla *causa pretendi* allegata. Infatti, se si deduce la violazione dell'interesse legittimo derivante da provvedimento illegittimo la domanda va proposta davanti al giudice amministrativo. Se al contrario ciò che si allega è la responsabilità in quanto tale per violazione del diritto comunitario, l'azione risarcitoria va proposta davanti al giudice ordinario.

territoriale debba essere individuata in base ai criteri generali in tema di responsabilità extracontrattuale, e che quindi debba ritenersi competente lo stesso tribunale del luogo in cui si è verificato il danno, che potrà anche coincidere con quello della sede o della residenza dell'attore, in modo da evitare di ingolfare il Tribunale di Roma, dove hanno sede le Giurisdizioni superiori. Cfr. F. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 3-4, 2006, (pp. 759-790), pp.785 – 786.

¹⁸³ Cfr. R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2004, (pp. 26 - 41), pag. 40.

¹⁸⁴ Cfr. FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati cit.*, pag. 1207.

Il legittimato passivo.

Nel terzo capitolo abbiamo affrontato la questione del soggetto passivo dell'azione in termini generali e abbiamo visto come il diritto comunitario si disinteressi della disciplina per l'individuazione del soggetto passivo. Infatti, le istituzioni comunitarie pretendono che un soggetto danneggiato da una violazione del diritto comunitario ottenga un risarcimento commisurato al danno subito; tuttavia, nel momento in cui tale obiettivo venga raggiunto, è del tutto indifferente quale organo sia stato infine condannato al risarcimento. Il tema è pertanto interamente devoluto agli ordinamenti nazionali e in particolare all'opera dei giudici. Passando alla trattazione del tema nell'ordinamento italiano, vediamo che anche a tal proposito, dipende se si considera lo Stato in quanto tale, per violazione commessa da una sua articolazione o, piuttosto, il soggetto pubblico che abbia effettivamente commesso la violazione. Seguendo il primo orientamento, l'azione dovrebbe essere sempre rivolta nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Seguendo il secondo, bisogna distinguere a seconda della funzione dello Stato cui sia riferibile la violazione. Nel caso del potere legislativo, l'azione deve essere esercitata nei confronti della Repubblica italiana, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri, oppure nei confronti del Ministero competente. Tali soluzioni sono suggerite dai casi concreti che abbiamo esaminato, così come dalla dottrina, che ha segnalato come tali dati possano essere desunti dal sistema normativo¹⁸⁵. Al Presidente del Consiglio dei Ministri, dunque, spetta dirigere la politica generale del governo¹⁸⁶ e presentare alle Camere i disegni di legge¹⁸⁷, pertanto sembra possa essere responsabile della cura (anche attraverso l'impulso

¹⁸⁵ Si pensi alla l. 23 agosto 1988, n° 400, recante disciplina dell'attività di governo e ordinamento della presidenza del Consiglio dei ministri, secondo cui spetta al Presidente del Consiglio dei ministri la promozione e il coordinamento dell'azione del governo relativa alle politiche comunitarie, nonché i compiti di assicurare la coerenza e la tempestività dell'azione di governo e della pubblica amministrazione nell'attuazione delle politiche comunitarie e promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte di giustizia [art. 5, comma 3, lett. a)].

¹⁸⁶ Art. 95 Costituzione Italiana.

¹⁸⁷ Art. 5, comma 1, lett. c), legge n° 400 del 1988.

legislativo, successivo alle deliberazioni del Governo) dell'attuazione degli obblighi comunitari, per cui, in caso di inadempimento, "la responsabilità comunitaria dello Stato italiano può essere messa in gioco per il suo tramite"¹⁸⁸. Ciò detto, come abbiamo visto in certi casi i giudici italiani sono pervenuti a conclusioni diverse. Nel caso Francovich la Corte di Cassazione, in linea con l'orientamento della Corte Costituzionale, ha attribuito la legittimazione passiva all'Inps. Sebbene la dottrina abbia perlopiù criticato tale soluzione, è tuttavia fuor di dubbio che il risultato sostanziale, ovvero la soddisfazione delle pretese dei lavoratori danneggiati dalla mancata attuazione della direttiva, sia stato raggiunto. Tale soluzione, inoltre, non appare in contrasto con la dottrina Francovich: infatti, anche se il vero destinatario dell'azione di risarcimento è lo Stato, nulla vieta che questo deleghi il compito di liquidare i danni derivanti da un proprio inadempimento ad un suo organo o ripartizione interna o, come nel caso di specie, ad un ente finanziato dall'erario pubblico ed avente un'autonoma personalità giuridica¹⁸⁹.

Nel caso della P.A., ci si può rivolgere direttamente nei confronti del soggetto che si assume come responsabile della violazione. Come abbiamo visto, in mancanza di precisi interventi legislativi, è possibile rivolgersi nei confronti di qualunque ente pubblico munito di soggettività, nazionale o locale. Come abbiamo visto, è piuttosto frequente che soggetti passivi siano i Comuni, in particolare in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti.

Per quanto riguarda l'illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale, in mancanza di più precise indicazioni da parte della giurisprudenza, possiamo desumere in via interpretativa che legittimato passivo sia lo Stato in persona del Presidente del Consiglio dei ministri, per le ragioni e i fondamenti giuridici precedentemente ricordati.

¹⁸⁸ Cit. da FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati cit.*, pag. 1207. L'autore prosegue sottolineando che "il Presidente del Consiglio dei ministri svolge funzioni di rappresentanza dello Stato nei giudizi di fronte alla Corte Costituzionale; interviene nei procedimenti relativi a questioni di legittimità costituzionale (art. 25, comma 3, l. 11 marzo 1953, n° 87); propone i ricorsi che sollevano conflitti di attribuzione fra Stato e regioni (art. 39, comma 3, legge n° 87 del 1953)".

¹⁸⁹ Cit. da MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 697.

Il danno ingiusto.

Si tratta della questione che meno difficoltà presenta in assoluto. A tal proposito bisogna considerare in primo luogo il primo presupposto dell'illecito comunitario, ovvero la preordinazione ad attribuire diritti. Ciò significa che deve esserci una norma comunitaria (derivante o direttamente dal Trattato o Da una direttiva) che attribuisce ai soggetti dei diritti, ma che tali posizioni sono pregiudicate a causa di una condotta violatrice da parte dello Stato. Si tratta, evidentemente, di una situazione in cui l'ingiustizia del danno si presenta nella sua dimensione di giudizio comparativo fra due interessi in conflitto¹⁹⁰, ovvero l'interesse del singolo riconosciuto dal diritto comunitario e l'interesse dello Stato ad esercitare la propria sovranità (si pensi in particolare all'attività normativa, ma non solo). In tale ipotesi, opera l'art. 5. del Trattato CE, che obbliga gli Stati ad assicurare l'esecuzione di quanto previsto dal Trattato e dagli atti delle istituzioni comunitarie; per cui, il primo interesse prevale sul secondo e la violazione di tale obbligo costituisce, secondo la terminologia utilizzata nella sentenza n. 500/99, una condotta "non conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione"¹⁹¹.

Tale questione merita alcune annotazioni. La prima riguarda il fatto che il "danno ingiusto" deriva da condotte che violano il diritto comunitario, ma che appaiono spesso del tutto lecite secondo l'ordinamento interno, il che pone non poche difficoltà ai fini dell'applicazione del 2043 c.c. Il problema si pone, in realtà, soprattutto in relazione all'attività legislativa, le cui prerogative rendono particolarmente problematica un'applicazione *tout court* della disciplina della responsabilità patrimoniale.

In secondo luogo, annotiamo che, ovviamente, la valutazione dell'ingiustizia del danno è in definitiva delegata al giudice, che tuttalpiù può considerare che la normativa comunitaria non sia attributiva di "diritti". Infatti, neanche una successiva, inopportuna ma frequente valutazione, da parte del giudice nazionale, secondo le categorie interne, della posizione

¹⁹⁰ Cfr. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c. cit.*, pag. 1588.

¹⁹¹ Cit. da CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttiva comunitaria cit.*, pag. 51.

giuridica oggetto del giudizio, può condurre a negare l'elemento dell'ingiustizia del danno. Tanto più che l'interpretazione sempre più espansiva data al primo presupposto stabilito dalla Corte di giustizia tende a ridurre progressivamente la discrezionalità delle corti nazionali.

Per quanto riguarda la problematica questione dell'illecito legislativo, interessata, come sappiamo, da difficoltà specifiche, vi è chi prospetta, infine, la sostituzione del criterio dell'ingiustizia del danno con principi quali la buona fede oggettiva e il ricorso ad istituti quali l'abuso del diritto e la tutela del legittimo affidamento¹⁹², indicati da autorevole dottrina come criteri fondanti l'*inuria damni* anche nel giudizio sulla responsabilità statale¹⁹³.

L'elemento soggettivo

Nel corso del capitolo abbiamo già avuto modo di constatare che la questione della colpevolezza dell'apparato statale è un tema particolarmente rilevante e complesso ai fini dell'applicazione dell'illecito comunitario. La questione è resa particolarmente delicata sia dal fatto che non si è mai giunti ad una concezione del tutto univoca di colpa, sia perché si presenta con contenuti spesso evanescenti. Inoltre, non è semplice svolgere una riflessione sul complesso delle violazioni statali del giudice comunitario, che come abbiamo visto costituiscono uno spettro di fattispecie particolarmente variegato.

A tal proposito, come sappiamo, la Corte di giustizia ha previsto che l'illecito da violazione della legalità comunitaria è una fattispecie "oggettivizzata". La colpa, tuttavia, è graduata, poiché il giudice nazionale, tenuto ad applicare l'art. 2043 c.c.¹⁹⁴, e pertanto a giudicare la sussistenza dei suoi elementi, deve valutare il grado di discrezionalità concesso al

¹⁹² Cfr. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c. cit.*, pag. 1588.

¹⁹³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n° 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, (pp. 335 - 354).

¹⁹⁴ Ad eccezione del caso del mancato o tardivo recepimento di direttiva comunitaria, ipotesi che, secondo l'ultimo orientamento della Cassazione non rientra nell'alveo dell'art. 2043 c.c.

soggetto pubblico considerato. Tale assunto è particolarmente evidente nel caso del legislatore¹⁹⁵. Come noto, infatti, nell'ipotesi di mancato (o tardivo) recepimento di una direttiva (da cui deriva una obbligazione *ex lege*), la Corte di giustizia, seguita fedelmente dalla Corte di Cassazione, ha stabilito che la colpevolezza è *in re ipsa*¹⁹⁶. Negli altri casi di violazione imputabile al legislatore, invece, la soluzione rimane sostanzialmente aperta e, in mancanza di un intervento legislativo, o di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, spetta al soggetto danneggiato l'onere di provare l'elemento soggettivo, e tale prova risulterà più o meno agevole anche in considerazione della maggiore o minore discrezionalità concessa al legislatore. Pertanto, a proposito dell'illecito del legislatore, vi è una differenza fondamentale a secondo che sia un caso di mancato recepimento di una direttiva o un qualsiasi altro caso di illecito legislativo¹⁹⁷. Nel primo caso, infatti, sarà lo Stato a dover provare la rottura del nesso causale o la sussistenza di un esimente al fine di liberarsi della relativa responsabilità. Nel secondo, viceversa, spetterà al soggetto danneggiato la prova della sussistenza di una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario, di cui l'elemento soggettivo è una figura sintomatica.

A proposito dell'illecito commesso dall'amministrazione, la questione è parzialmente diversa. In generale, infatti, la prova della "violazione sufficientemente caratterizzata" imposto dalla Corte di giustizia dovrebbe aiutare il soggetto danneggiato ad evitare la *probatio diabolica* dell'elemento soggettivo, che comprende quest'ultimo, ma che con quest'ultimo non coincide. L'analisi di questo elemento appare di grande

¹⁹⁵ In questa sede ci concentriamo sulla responsabilità del legislatore per violazione del diritto comunitario. Per una disamina dell'illecito costituzionale, e una sezione dedicata all'elemento soggettivo, v. UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato cit.*, pp. 659 – 660.

¹⁹⁶ Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845, massima 1: "*La mancanza di qualsiasi provvedimento d'attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima entro il termine a tal fine stabilito costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario e pertanto fa sorgere un diritto a risarcimento a favore dei singoli lesi qualora, da un lato, il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione, a favore dei singoli, di diritti il cui contenuto possa essere individuato e, dall'altro, esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito*".

¹⁹⁷ Scorretto recepimento, conflitto di una legge statale con il Trattato, ecc.

interesse comparatistico, poiché è evidente che la colpa oggettivizzata così come costruita dal giudice comunitario, al contempo incontra resistenze all'interno degli ordinamenti nazionali, ma, in generale, ha messo in moto un processo di confluenza dei regimi nazionali di responsabilità pubblica verso una sempre maggiore oggettivizzazione o, quanto meno, una semplificazione dell'onere della prova per il cittadino danneggiato. A questo proposito, il caso italiano è esemplare. Come più volte ricordato, il paradigma comunitario di responsabilità dello Stato non attribuisce all'elemento psicologico del dolo o della colpa una rilevanza diretta. Tuttavia, una delle figure sintomatiche in relazione alla sussistenza del secondo presupposto (ovvero, la violazione sufficientemente caratterizzata) richiama il requisito della colpevolezza. A rigore, nel caso dell'illecito comunitario ciò che il soggetto danneggiato deve provare è il secondo presupposto e non l'elemento soggettivo di per sé; ciò detto, non è escluso che per provare il primo sia necessario fornire la prova anche del secondo. Inoltre, il giudice chiamato a giudicare è il giudice nazionale che non di rado ragiona utilizzando gli schemi e le categorie nazionali, per cui sarebbe semplicistico affermare, come non di rado accade, che il requisito non ha più alcuna rilevanza, poiché il presupposto della violazione grave e manifesta ha introdotto una colpa oggettivizzata *tout court*¹⁹⁸. In definitiva, per affrontare adeguatamente la questione delle soluzioni applicative dell'illecito comunitario è necessario considerare l'importanza dell'elemento soggettivo, che nell'ordinamento italiano è un presupposto necessario per la sussistenza dell'illecito. L'elemento soggettivo può rilevare sotto altri profili quali l'ingiustizia del danno e può essere decisivo in sede di giudizio prognostico circa la spettanza del bene della vita correlato all'esercizio dell'azione amministrativa¹⁹⁹. Il che può

¹⁹⁸ Anche in questo caso vale infatti il principio per cui la struttura profonda dell'ordinamento europeo non è piramidale, ma, piuttosto, dialogica e negoziale. La logica che presiede all'integrazione fra ordinamenti si fonda sul dialogo fra corti nazionali e giudici comunitari, per cui, i paradigmi nazionali, e quindi anche gli eventuali elementi soggettivi da essi previsti, non sono sostituiti dal paradigma comunitario, e nel dialogo fra corti le discipline municipali continueranno ad avere un certo peso.

¹⁹⁹ Si tratta del giudizio, spettante al giudice, circa la possibilità, per il soggetto privato, di ottenere effettivamente il bene il cui mancato conseguimento ha dato origine alla controversia. A tal proposito, non è infrequente che la prova circa la sussistenza del dolo rispetto alla colpa, o della colpa grave rispetto alla colpa lieve, influiscano anche in sede di giudizio prognostico.

incidere fortemente sulla quantificazione del danno e, in definitiva, sull'entità del risarcimento²⁰⁰.

Pertanto, è d'obbligo almeno un breve passaggio a proposito dell'elemento soggettivo nei casi di applicazione dell'art. 2043 c.c. alla condotta della P.A.²⁰¹. La questione ha sempre presentato grosse difficoltà, tanto che la giurisprudenza amministrativa tradizionale combinava un'attitudine estremamente restrittiva con riferimento all'elemento oggettivo a una facilitazione nella prova dell'elemento soggettivo²⁰². Tale soluzione è però cambiata a seguito della sentenza n. 500/99, con cui è stata stabilita la risarcibilità degli interessi legittimi, ed è pertanto avvenuto un ampliamento degli interessi suscettibili di tutela²⁰³. L'innovazione ha condotto ad un diverso bilanciamento sul versante dell'elemento soggettivo, per evitare una paralisi della P.A., esposta al rischio di risarcimento per qualsiasi violazione di legge. Di conseguenza, la Suprema Corte ha riconfigurato la colpa come connessa alla violazione da parte della PA (intesa come apparato) dei limiti esterni entro cui deve svolgersi l'azione amministrativa, anche discrezionale, ovvero quelli al rispetto "delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona

²⁰⁰ A tal proposito, la sentenza del Consiglio di Stato relativo al caso Europa 7 è esemplare.

²⁰¹ Vediamo, quindi, come l'applicabilità alla responsabilità della P.A. del regime di responsabilità di diritto comune non significhi l'equiparazione dello Stato amministratore ad un qualsiasi soggetto di diritto privato.

²⁰² In pratica, l'elemento soggettivo era provato con la mera dimostrazione dell'emanazione ed esecuzione, da parte della P.A., di un provvedimento illegittimo (per una sorta di responsabilità oggettiva della P.A., si veda Consiglio di Stato, sezione III, n° 6542/1995).

²⁰³ Sotto la spinta del diritto comunitario, la giurisprudenza nazionale ha iniziato a considerare risarcibili gli interessi legittimi a carattere pretensivo, ovvero quelli collegati ai procedimenti autorizzatori e concessori dai quali il privato mira ad acquisire beni, situazioni o status giuridici. Si pensi all'autorizzazione di commercio, alla licenza di esportazione, all'iscrizione ad un albo. L'altra categoria è quella degli interessi legittimi oppositivi, ovvero quelli del soggetto che intende conservare intera la propria sfera, demolendo un provvedimento che gli ha tolto o compresso un bene od un diritto che in precedenza vantava. È il caso dell'espropriazione, dell'annullamento della concessione edilizia e del ritiro dell'abilitazione. Secondo un consolidato orientamento della Cassazione, la risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi oppositivi è incondizionata, mentre la risarcibilità degli interessi legittimi pretesivi è condizionata ad un giudizio prognostico da parte del giudice al fine di verificare se, sulla base della disciplina della fattispecie e secondo un criterio di normalità, al titolare spettasse effettivamente nel caso concreto il rilascio del provvedimento ampliativi della sua sfera giuridica. Per un approfondimento di tale tema, in particolare a proposito delle limitazioni del giudizio prognostico, v. D'ORSOGNA, *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo cit.*, pag. 652 e ss.

amministrazione”²⁰⁴. Tale formula si è però ben presto rilevata insoddisfacente, poiché troppo onnicomprensiva, tanto da non permettere una distinzione fra la colpa collegata alle disfunzioni organizzative generali della P.A. con l'accertamento di uno specifico illecito in un determinato atto. Perciò la giurisprudenza ha successivamente affinato tale formula²⁰⁵. In definitiva, la giurisprudenza nazionale, di fronte alla difficoltà di individuare criteri univoci per l'individuazione dell'elemento soggettivo, ha optato per un approccio semi-oggettivo²⁰⁶ e, in tal modo, si è avvicinata sempre più al paradigma comunitario. In questa situazione di estrema incertezza, il concetto della violazione sufficientemente caratterizzata elaborato dalla Corte di giustizia, è stato oggetto di apprezzamento da parte della dottrina²⁰⁷ e, d'altra parte, ha permesso ai giudici amministrativi non solo di modulare il giudizio della colpevolezza in rapporto alla natura discrezionale o meno dell'attività amministrativa lesiva, ma anche di compiere una valutazione sintomatica e per indici dell'elemento soggettivo, fra cui emerge non solo la gravità della violazione, ma anche

²⁰⁴ La stessa sentenza n° 500/99 aveva provato a delineare una nuova nozione di colpa della Pubblica amministrazione. Tale compito appariva piuttosto arduo, poiché essa, se da un lato non può coincidere con una semplice violazione di legge, d'altra parte nemmeno può incentrarsi sull'indagine dell'elemento psicologico del singolo funzionario. Si tratterebbe, infatti, di un accertamento estremamente difficile da svolgersi, se si pensa alla natura impersonale dell'apparato burocratico. In tal modo, la portata innovativa della sentenza n° 500/99 sarebbe stata tradita, poiché in vece di allargare gli spazi di tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini, avrebbe finito per restringerli, come effetto dell'esigenza di una *probatio diabolica* collegata all'elemento soggettivo.

²⁰⁵ Il Consiglio di Stato, (sezione IV, n° 3169/01) ha così precisato il concetto, mantenendo la concezione oggettiva della colpa della P.A. introdotta dalla Cassazione, ma collegandolo al tipo e alla gravità della violazione. Successivamente (Consiglio di Stato, sezione IV, nn. 5012/04 e 478/05), pur ribadendo l'attualità del modello aquiliano della responsabilità e la necessità per l'attore di provare la colpa, si è affermato che tale prova può essere raggiunta anche mediante elementi indiziari, tra cui, in primo luogo, la gravità della violazione, da valutare in particolare sulla base della particolare diligenza professionale cui è tenuta la pubblica amministrazione e in base al grado di discrezionalità di cui gode. A proposito delle incertezze relative al significato di tale nozione (ovvero se per “apparato” debba intendersi solo l'ente competente ad adottare il provvedimento oppure l'insieme degli organi amministrativi che abbiano concorso all'adozione del provvedimento), v. D'ORSOGNA, *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo* cit., pag. 656.

²⁰⁶ La giurisprudenza è pervenuta alla soluzione secondo cui la colpa sussiste solo in assenza di errore scusabile, la cui dimostrazione spetta all'amministrazione resistente.

²⁰⁷ Cfr. A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo, La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, pag. 178.

l'univocità della normativa di riferimento, il rispetto dei precedenti giurisprudenziali e l'apporto partecipativo dei privati²⁰⁸.

In precedenza, abbiamo già fatto riferimento alle difficoltà di integrare il paradigma comunitario alla disciplina italiana a proposito dell'elemento soggettivo. Tali difficoltà, in realtà, paiono destinate ad appiarsi grazie all'orientamento, condiviso da Corte di Cassazione e Consiglio di Stato²⁰⁹, secondo cui l'illegittimità del provvedimento può costituire indizio sufficiente per rappresentare la colpa, ma non ricorrono gli estremi della colpa (oggettiva) della P.A. ogniqualvolta l'amministrazione dimostri la scusabilità dell'errore, dovuto, per esempio, a incertezze interpretative della norma applicata ai contrasti giurisprudenziali o alla rilevata complessità del fatto oggetto di accertamento²¹⁰. Infatti, come noto, la Corte di giustizia ha più volte ritenuto che un'interpretazione erronea ma non arbitraria di disposizioni comunitarie suscettibili di diverse letture e non ancora oggetto di precedenti pronunce non integri una violazione grave e manifesta del diritto comunitario da parte dello Stato membro²¹¹: “anche nella giurisprudenza comunitaria, dunque, l'errore scusabile incide

²⁰⁸ Cfr. S. PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, 3, 2008, (pp. 865 - 881), pag. 873. A tal proposito, nella massima della sentenza del T.A.R. Sicilia (Sez. II, 2 aprile 2008, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, n° 3, 2008, pag. 859 - 864) si legge che il giudice deve “formulare il giudizio sulla colpevolezza dell'amministrazione, affermandola quando la violazione risulta grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e di diritto tali da palesare la negligenza e l'imperizia nell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e, viceversa, negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento di un errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto)”.

²⁰⁹ Consiglio di Stato, sezione VI, n° 1114/07.

²¹⁰ La questione in diritto italiano consiste nel distinguere fra l'attività amministrativa illegittima, ma non anche colposa, e l'attività amministrativa illegittima e colposa, che dà accesso, parallelamente alla tutela consistente nell'annullamento dell'atto, anche alla tutela risarcitoria. La questione è resa ulteriormente complessa da altre pronunce fra cui ricordiamo quella secondo cui, nel caso di un'interpretazione erronea di una norma, per accertare la scusabilità dell'errore (cioè il fatto che l'errore sia incolpevole) occorre far riferimento al criterio del “giurista di medio livello che applica professionalmente norme amministrative” (Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 23 luglio 2007, n° 699). Peraltro, l'introduzione del criterio dell'errore scusabile non ha certo contribuito a semplificare la questione e ad uniformare la giurisprudenza. Infatti, “mentre alcune pronunce hanno finito per ritenere non scusabili solo i vizi di maggiore gravità, limitando notevolmente l'area della risarcibilità, altre hanno tentato di rinviare alle ipotesi di *formulazione incerta delle norme, oscillazioni interpretative della giurisprudenza e complessità del fatto*, parcellizzando non poco gli indirizzi ricostruttivi”. Cit. da PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative cit.*, pag. 872.

²¹¹ Principio espresso nelle ben note sentenze *British Communication* e *Denkavit*.

nel senso della negazione, se non della colpa, della sussistenza della violazione grave e manifesta e, pertanto, della responsabilità”²¹².

Discorso a parte riguarda alcune delle articolazioni dello Stato la cui condotta può costituire una violazione del diritto comunitario. A tal proposito possiamo ancora ricordare che, ai fini di limitare la libertà del giudice nell’individuazione dell’elemento soggettivo in materie particolarmente sensibili, come quelle riguardanti la regolazione finanziaria o in materia *antitrust*, il legislatore italiano ha, attraverso specifici interventi normativi, limitato la responsabilità delle autorità indipendenti competenti (Consob, Isvap, Covip, Banca d’Italia e Autorità garante della Concorrenza e del Mercato) ai soli casi di colpa grave e dolo²¹³. Tale intervento, tuttavia, non è stato esente da critiche, e vi è chi sostiene che, anche alla luce dell’introduzione dell’illecito comunitario, sarebbe meglio affidarsi all’attività dei giudici e, pertanto, preferire “la flessibilità dell’interpretazione giurisdizionale caso per caso, piuttosto che imporre rigidi paletti legislativi all’esercizio dell’azione di risarcimento”²¹⁴. A tal proposito, ricordiamo che la Corte di giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi in relazione al settore degli appalti, affermando che è incompatibile con il diritto comunitario sui mezzi di tutela in materia di appalti la norma dell’ordinamento giuridico nazionale che subordina il risarcimento del danno alla dimostrazione da parte del privato del dolo o colpa della stazione appaltante²¹⁵. Tale sentenza, relativa ad un ben determinato settore, è comunque molto significativa, poiché, in prospettiva, potrebbe avere una portata invasiva²¹⁶. I riflessi di tale pronuncia potrebbero essere

²¹² Cit. da CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano* cit., pag. 171.

²¹³ Nuovo articolo 24, comma 6-bis della legge sul risparmio 262/2005, come modificata dal d.lgs 303/2006.

²¹⁴ Cit. da M. CLARICH, E.L. CAMILLI, *Sulla responsabilità restano le differenze*, in *Guida al Diritto*, 31, 2007, (pp. 103 - 105), pp. 103 – 105. Gli autori, proseguono affermando che “c’è da chiedersi se la limitazione *ex lege* di uno strumento di *accountability*, come quello derivante dal risarcimento del danno, sia opportuna, in special modo con riferimento ad autorità che hanno nell’indipendenza del potere esecutivo una delle caratteristiche principali”.

²¹⁵ A tal proposito, cfr. M. PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell’elemento soggettivo*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2005, (pp. 36 - 40).

²¹⁶ Il settore degli appalti è stato quello che ha maggiormente risentito dell’influenza comunitaria. Si pensi alla c.d. direttiva ricorsi del 21 dicembre 1989, n°665, che impone l’adozione di mezzi di tutela rapidi ed efficaci in relazione a violazioni della disciplina comunitaria in materia di appalti, e che all’art. 2, comma 1, lett. C) prescrive che sia accordato “un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione”. Tale direttiva è stata

dirompenti: infatti, secondo quanto affermato dalla Corte, per escludere l'incompatibilità con il diritto comunitario di una disciplina siffatta, potrebbe non essere sufficiente la disapplicazione della norma interna che pone a carico del danneggiato la prova dell'elemento soggettivo, poiché il principio fondamentale della certezza del diritto impone che il privato sia posto nella situazione di conoscere ed azionare dinanzi ai giudici nazionali i diritti che gli riconosce l'ordinamento comunitario in condizioni di assoluta chiarezza e precisione. Pertanto, il principio cui abbiamo accennato, secondo cui l'elemento della colpa si desume *in re ipsa* dall'emanazione dell'atto illegittimo, salva la dimostrazione da parte della P.A. dell'errore scusabile, potrebbe non bastare a porre al riparo il diritto italiano della responsabilità della P.A. dalle censure del giudice comunitario²¹⁷. Non è escluso che anche grazie a questa sentenza sia possibile abbandonare progressivamente il modello civilistico–antropomorfo di responsabilità extracontrattuale²¹⁸ e si affermi definitivamente la tesi della responsabilità c.d. da “contatto amministrativo”, sostenuta da una parte della dottrina²¹⁹ e accolta in alcune sentenze del Consiglio di Stato²²⁰ e della Corte di Cassazione²²¹. Tale tesi, che si fonda sulla natura contrattuale della

recepita tramite la legge 19 febbraio 1992, n° 142 (ora abrogato ad opera dell'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n° 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n° 205), il cui art. 13 prevedeva che “i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno”. Indicazioni tratte da M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di Diritto amministrativo Europeo*, vol. I - Parte Generale, Giuffrè, Milano, 2007, (pp. 588 - 610), pp. 608 - 609.

²¹⁷ A tal proposito, v. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano cit.*, pag. 175 e ss.

²¹⁸ Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato cit.*, pag. 10 e ss.

²¹⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, (pp. 647 - 669), pag. 653 e ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, (pp. 993 - 1006), pag. 1005;

²²⁰ Consiglio di Stato, V sezione, sentenza 6 agosto 2001, n° 423, in *Urbanistica e appalti*, con nota di M. PASSONI, *Responsabilità per “contatto” e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*, in *Urbanistica e appalti*, 11, 2001, (pp. 1219 - 1225).

²²¹ Sentenza Corte di Cassazione, I sezione, 10 gennaio 2003, n° 157: in tale sentenza il giudice di legittimità si è espresso in questi termini: “il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.; con le relative conseguenze di accertamento della colpa”.

responsabilità della P.A. per attività provvedimentale, considera il rapporto fra privato e amministrazione come costitutivo di autonoma fonte di responsabilità, con conseguenze evidenti sulla prova dell'elemento soggettivo. Infatti, mentre nella responsabilità aquiliana la colpa deve essere provata dal danneggiato e in mancanza non può farsi luogo al risarcimento del danno, nella responsabilità contrattuale l'onere probatorio è rovesciato, dovendo essere il debitore a dimostrare l'assenza di colpa secondo la regola di cui all'art. 1218 c.c.

Parallelamente, il Consiglio di Stato sembra percorrere un altro cammino, diretto ad una più corretta applicazione del paradigma comunitario e, in particolare, alla coniugazione della violazione grave e manifesta²²². Tuttavia, così come segnalato dalla dottrina attenta al tema, continuano a sussistere tensioni spesso latenti e talvolta manifeste, fra diversi paradigmi concettuali di responsabilità dello Stato, ovvero fra illecito elaborato a livello comunitario e illeciti così come disciplinati dagli ordinamenti nazionali²²³.

Per ora non si è giunti ad una soluzione definitiva, ma si sta facendo viepiù strada l'ipotesi secondo cui, valorizzando l'obbligo dell'amministrazione di garantire l'applicazione del diritto comunitario, la responsabilità dell'amministrazione debba essere inquadrata come una responsabilità di natura diversa e più complessa rispetto a quella extracontrattuale. Per cui, la responsabilità civile dell'amministrazione "da contatto" riuscirebbe a conciliare la funzione sanzionatoria dell'istituto della responsabilità nei confronti dello Stato, inteso comprensivo di ogni sua articolazione, con la pronunciata tendenza all'oggettivizzazione della responsabilità per inosservanza del diritto comunitario. In questo modo sarebbe inoltre possibile semplificare il problema della prova dell'elemento psicologico dell'amministrazione nel giudizio risarcitorio, quanto meno nei casi in cui sia possibile configurare obblighi procedurali in capo

²²² Si pensi alla sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2006, n° 3981, dalla cui massima emerge che "la stessa Corte di giustizia, pur non facendo riferimento alla nozione di colpa della P.A., utilizza, a fini risarcitori, il criterio della manifesta e grave violazione del diritto comunitario, sulla base degli stessi elementi, descritti in precedenza e utilizzati nel nostro ordinamento per la configurabilità dell'errore scusabile".

²²³ V. A. LAZARI, *La responsabilità statale in Diritto Comunitario e nei singoli diritti nazionali*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2007, (pp. 143 - 151), pag. 148.

all'amministrazione²²⁴. La questione, pertanto, non è quella di affidarsi acriticamente all'applicazione di un criterio prestabilito, ma quello di accertare l'elemento psicologico in concreto, poiché la regola deve essere individuata in ragione della fattispecie concreta oggetto del giudizio risarcitorio. Pertanto, la soluzione non è data dalla valutazione "in astratto" della correttezza della condotta dell'amministrazione al momento dell'applicazione della disciplina nazionale, ma, piuttosto, alla verifica della presenza di elementi che, nel caso concreto, avrebbero dovuto spingere l'amministrazione ad una maggiore attenzione nell'individuare ed applicare la disciplina.

Il tema dell'elemento soggettivo si presenta in termini ancora diversi nell'ipotesi di illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale. A tal proposito ricordiamo che la giurisprudenza comunitaria, oltre al comune elemento dell'intenzionalità, richiede che l'errore commesso dal giudice al momento dell'interpretazione possieda i caratteri dell'inescusabilità²²⁵.

Per quanto riguarda l'illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale, quanto disposto nella legge n.117/1998 in materia di responsabilità civile dei magistrati è molto probabilmente irrispettoso dei principi di equivalenza ed effettività. In tema di elemento soggettivo, sembra infatti entrare in collisione con l'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario²²⁶. Infatti la l. 117/88, limita il suo campo di applicazione alle condotte caratterizzate da dolo o colpa grave del magistrato, il che impone serie limitazioni alle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati.

²²⁴ A tal proposito, ricordiamo, il ricorso al concetto di errore scusabile è stato capovolto, poiché il giudice si è pronunciato nel senso che è onere del convenuto presunto danneggiante provare i presupposti dell'errore scusabile, capovolgendo in tal modo l'onere della prova. A tal proposito, v. MASERA, *La colpa dell'amministrazione per violazione di direttive comunitarie cit.*, pag. 679.

²²⁵ Con l'impiego di questo termine, inteso nel suo significato ordinario, si richiama una nozione di colpa che deve essere provvista di taluni caratteri. Quando si parla di colpa inescusabile non ci si riferisce a quella generalmente intesa, ma a quella che presuppone un addebito di gravità nei confronti del comportamento posto in essere, in quanto "un errore imputabile a colpa è scusabile, purché la colpa sia lieve, vale a dire non grave".

²²⁶ Sent. Brasserie du Pêcheur, par. 4.

Per quanto riguarda il dolo, si tratta di un'ipotesi che configura necessariamente un reato che fuoriesce dal tema della responsabilità civile²²⁷. Le ipotesi di colpa grave (intese come forme di negligenza inescusabile) e diniego di giustizia sono precisate dalla legge stessa, e pertanto la colpa non appare definibile come grave mancanza in termini di diligenza imputabile al magistrato²²⁸, ma nel senso di adozione di un provvedimento abnorme (art. 2)²²⁹.

Per ora le scarsissime applicazioni dell'illecito comunitario collegate a condotte di un organo giurisdizionale italiano non permettono di tracciare una conclusione certa rispetto a tale questione. Comunque, è possibile azzardare l'ipotesi che il giudice applichi *tout court* il secondo presupposto e disapplichino sostanzialmente la disciplina nazionale. Diverse incertezze costellano il rapporto fra le due discipline sotto il diverso profilo della

²²⁷ Peraltro, anche la nozione di dolo in questo caso viene interpretata restrittivamente, "nel senso della diretta consapevolezza nell'atto di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente, onde la necessità, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità dei giudici, che l'attore fornisca la prova di una simile consapevolezza, ovvero del fatto che l'emissione del provvedimento sia stata determinata da fini estranei alle esigenze dell'amministrazione della giustizia". Cass. Civ., 16 gennaio 2004, n° 540, in Arch. Civ., 2004, 1484.

²²⁸ Mediante il richiamo all'elemento della colpa, ogniquale volta ad esso si associ l'aggettivo grave, si suole fare riferimento a quelle violazioni caratterizzate da una negligenza talmente macroscopica da non giustificare nessuna tutela nei confronti del responsabile, poiché il diritto non tollera il riconoscimento di alcuna protezione nei confronti di chi non adotti, nello svolgimento delle proprie funzioni, un canone minimo di diligenza.

²²⁹ Art. 2.3: "Costituiscono colpa grave: "A. La grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; B. L'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; C. La negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; D. L'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione". A proposito del diniego di giustizia, v. l'art. 3, comma 2 e 3. Il contributo apportato dal legislatore con una siffatta – preliminare e tassativa – enumerazione, è completato dalla giurisprudenza, la quale, scegliendo di arroccarsi su una posizione ulteriormente restrittiva, ha ritenuto che "la colpa grave si caratterizza in modo peculiare rispetto alla sua nozione generale – quale è quella richiamata dall'art. 2236, co. 2, c.c. con riferimento alla prestazione del libero professionista implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà – sia perché non può dare luogo a responsabilità l'attività del giudice di interpretazione delle norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove, sia perché la detta responsabilità incontra un ulteriore limite nella necessità che la colpa grave sia qualificata da "negligenza inescusabile", per tale intendendosi non solo quella che non possa trovare giustificazione, ma neppure spiegazione in relazione alle vicende giudiziarie idonee a rendere comprensibile l'errore del giudice". Cass. 7-11-2003, n° 16696, Arch. Civ., 2004, 1111.

possibilità di convivenza fra istituti non del tutto coincidenti, ma che condividono importanti elementi di analogia.

Il nesso di causalità.

L'ulteriore elemento necessario perché ricorra l'illecito dello Stato è il nesso di causalità tra la violazione commessa e il danno subito dal singolo. In argomento, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 500/99 si è limitata ad un solo accenno, laddove ha indicato che il giudice è chiamato ad "accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della pubblica amministrazione". La mancanza di chiarezza si spiega per l'oggettiva impossibilità di dettare criteri univoci. Si può ritenere che l'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione del diritto comunitario e il danno subito dal singolo andrà condotto sulla base della teoria della *condicio sine qua non*, nel senso che ogniqualevolta risulti dalle circostanze del caso concreto che il corretto recepimento del diritto comunitario avrebbe impedito il verificarsi del danno, dovrà ritenersi sussistente il nesso causale²³⁰. Questa conclusione concilia le posizioni della Corte di Cassazione espresse nella sentenza n. 500/1999²³¹. In favore di questa conclusione militano alcuni riferimenti della Corte di giustizia (cfr. cap. II), nonché il principio secondo cui le condizioni imposte in sede nazionale ai fini del risarcimento devono

²³⁰ Il ricorso a tale formula, tuttavia, non aiuta certo a risolvere definitivamente la questione, perché il criterio della condizione *sine qua non* (secondo la quale la condotta illecita è causa dell'evento dannoso se, in mancanza della prima, il secondo non si sarebbe verificato) cela in sé una natura composita. Senza dilungarci su tale tema, richiamiamo, a titolo di esempio, le difficoltà connesse alla possibilità che il fatto del convenuto abbia causato un evento dannoso che, tuttavia, sarebbe stato determinato ugualmente da una diversa causa, che non è rimasta ipotetica, ma ha operato effettivamente insieme con il fatto del convenuto (causa addizionale). Il più autorevole approfondimento di tali questioni, per quanto risalente, è senza dubbio costituito da P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

²³¹ In tale pronuncia la Corte afferma che il giudice è chiamato ad "accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti principi generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva od omissiva) della pubblica amministrazione".

essere tali da non vanificare, riducendone le possibilità applicative, il ristoro del danno subito dal singolo per violazione del diritto comunitario.

Nel caso di mancato recepimento di una direttiva comunitaria, si può ritenere che esista nesso causale ogniqualvolta il danno discenda in via diretta dal fatto che la direttiva non sia stata recepita tempestivamente; per contro, se il diritto attribuito al singolo in sede comunitaria può essere tutelato in altro modo, valendosi ad esempio del potere di disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario, il nesso causale tra la mancata adozione della normativa interna e il danno subito tenderebbe certamente ad affievolirsi²³².

Nel caso di illecito comunitario riferibile alla P.A. il giudice, nel caso in cui individui la lesione di una posizione giuridica corrispondente ad un interesse legittimo, per stabilire la sussistenza di un danno ingiusto opererà un giudizio di prognosi postuma, relativa alla fondatezza della pretesa del cittadino a conseguire il bene il cui mancato raggiungimento ha dato vita alla controversia. Tale giudizio può incidere sensibilmente sulla quantificazione del danno risarcibile²³³.

²³² Della questione si è già trattato in precedenza, a proposito della rilevanza di una qualificazione, quanto meno implicita, secondo le categorie nazionali, della posizione giuridica oggetto del giudizio.

²³³ Il caso Europa 7 sotto questo profilo risulta emblematico.

I termini di prescrizione dell'azione di risarcimento.

Il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario riferibile a condotta del legislatore o della P.A. è quello di diritto comune. Fa eccezione, come sappiamo, l'ipotesi di mancato o tardivo recepimento di direttiva comunitaria, caso in cui, secondo espresso orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è applicabile un termine decennale²³⁴.

Il termine previsto dal codice civile per la responsabilità extracontrattuale probabilmente potrebbe essere applicato anche al caso di illecito comunitario per fatto del giudice, comunque per fugare ogni dubbio, bisogna aspettare nuovi interventi da parte delle Corti nazionali, di vertice in particolare. Altrimenti, potrebbe trovare applicazione la legge 117/88, che subordina l'azione al previo esperimento di tutti i rimedi processuali ammessi al fine della rimozione della decisione lesiva (art. 4, secondo comma) e prevede un termine prescrizione breve, di due o tre anni a seconda della fattispecie concreta, e ad un giudizio camerale preliminare sull'ammissibilità della domanda (art. 5)²³⁵.

Altra questione riguarda il tema del *dies a quo*. In Italia la Corte di Cassazione ha da alcuni decenni introdotto un orientamento che soppianta lo schema codicistico²³⁶, poiché individua il *dies a quo* nel momento in cui il danneggiato ha reale e concreta percezione (o avrebbe

²³⁴ In tempi recentissimi, come noto, la Suprema Corte ha infatti stabilito che il diritto alla riparazione per danno conseguente a mancato recepimento di direttiva comunitaria deriva da un'obbligazione *ex lege*, e non deve, viceversa, essere ricondotta, all'art. 2043 c.c. In precedenza, invece, la Suprema Corte (sentenza n° 5249 del 2001), aveva ricondotto la fattispecie all'ambito della responsabilità civile, sostenendo che il diritto al risarcimento fosse tutelabile già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n° 80 del 1992 direttamente nei confronti del governo italiano per il solo fatto della mancata attuazione della direttiva comunitaria. Di conseguenza, aveva ritenuto applicabile il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c., decorrente dalla data della manifestazione dell'insolvenza del datore di lavoro, non rilevando che tale data fosse anteriore al citato provvedimento legislativo, ma unicamente che fosse successiva alla scadenza del termine in cui lo Stato avrebbe dovuto adeguare il proprio ordinamento alle prescrizioni comunitarie.

²³⁵ Un termine di due anni è di per sé sicuramente compatibile con il diritto comunitario. Decisamente più discutibile è la compatibilità del giudizio camerale preliminare con il principio dell'effettività del diritto comunitario.

²³⁶ Art. 2947 c.c. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno: "Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (2043 e seguenti) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato".

potuto avere in ragione dell'ordinaria diligenza) di un danno risarcibile, ovvero quando "la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato, con effetti esteriorizzati e conoscibili"²³⁷, e non quello, eventualmente diverso, in cui è stato posto in essere l'atto illecito. Pertanto, "la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui l'evento dannoso si è rivelato in tutte le sue componenti. Una volta che il danno si sia manifestato spetta però alla vittima attivarsi al fine di accertare l'illiceità del danno stesso e di individuare l'autore dell'illecito, nel senso che il tempo decorre contro di lei affinché essa non rimanga in una situazione di inerzia"²³⁸.

Determinazione e quantificazione del danno, e possibilità di accordare un risarcimento in forma specifica.

Ovviamente è onere del privato dimostrare in giudizio il *quantum* del danno, provando l'effettiva perdita patrimoniale subita o, eventualmente, il mancato guadagno. Il risarcimento, ovviamente, deve essere commisurato al danno subito, e a tal proposito trova applicazione l'art. 1223 c.c., a norma del quale il risarcimento "deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". Dovranno pertanto essere risarciti sia il danno emergente, costituito dalle spese inutilmente sopportate, sia il lucro cessante, cui si applica l'art. 2056, 2 comma c.c., che prevede la valutazione del giudice "con equo apprezzamento delle circostanze del caso"²³⁹. Tuttavia, segnaliamo che, sebbene la Corte di giustizia si sia

²³⁷ Sentenza Cass. 19 agosto 1983, n° 5412, in Foro it., 1984, I, 500. Secondo Cass. 4 gennaio 1993, n° 13, in Giur. It., 1993, I, 1, 1686, "ove il comportamento illecito ed il verificarsi del danno non coincidano cronologicamente, la prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato".

²³⁸ Cit. da MONATERI, *La responsabilità civile cit.*, pag. 374.

²³⁹ Tale valutazione equitativa del giudice non riguarda ovviamente la prova dell'esistenza del pregiudizio patrimoniale, il cui onere permane a carico della parte interessata, "ma solo l'entità del pregiudizio stesso, in considerazione dell'impossibilità – o, quanto meno, della grande difficoltà – di dimostrare la misura del danno". Cit. da CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano cit.*, pag. 183.

pronunciata in termini netti a proposito di lucro cessante²⁴⁰, le soluzioni applicative dell'illecito comunitario dimostrano come i giudici nazionali siano sempre piuttosto prudenti nel valutarne l'entità, probabilmente per questioni "politiche", nel senso che una piena valutazione del lucro cessante amplierebbe indefinitamente i confini del dovere risarcitorio, con conseguenze potenzialmente molto gravi per le casse dello Stato²⁴¹.

Per cui, la sua quantificazione risentirà necessariamente di un eventuale risarcimento in forma specifica²⁴² nonché dell'eventuale applicazione retroattiva delle misure di attuazione della direttiva, nel caso di tardivo recepimento di direttiva²⁴³. Inoltre, sono operanti le regole codicistiche, in particolare l'art. 2056 c.c. (valutazione del danno), che rinvia anche all'art. 1227 c.c.²⁴⁴. La giurisprudenza della Corte di giustizia accetta tra gli

²⁴⁰ A tal proposito, v. la sezione del Capitolo II dedicato alla quantificazione del danno risarcibile.

²⁴¹ Il caso Europa 7 costituisce un esempio di come la corte abbia valutato in termini molto rigorosi sia il danno emergente sia il lucro cessante.

²⁴² Come noto, la tutela specifica tende a far conseguire al soggetto titolare della situazione giuridica soggettiva oggetto di lesione le stesse utilità garantite al soggetto dallo schema di protezione della situazione sostanziale lesa; la tutela risarcitoria, invece, tende alla riparazione del danno e tende a far conseguire al danneggiato utilità equivalenti a quelle oggetto di sacrificio antiggiuridico ad opera del danneggiante. L'ordinamento italiano, a differenza di altri, permette al giudice amministrativo di condannare al risarcimento del danno anche sotto forma di reintegrazione in forma specifica. V. art. 35 d.lgs 31 marzo 1998, n° 80 (modificato dalla l. n° 205/2000) che richiama l'art. 2058 c.c.. A tal proposito, rimandiamo all'abbondante dottrina disponibile, fra cui segnaliamo D'ORSOGNA, *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo cit.*, pp. 668 – 672. In realtà, la classificazione dogmatica della tutela specifica è discussa in particolar modo nel settore amministrativo. Secondo autorevole dottrina, la reintegrazione in forma specifica assumerebbe nel processo amministrativo carattere autonomo rispetto a quelli (risarcitori) che la dottrina civilistica dominante ritiene propri dell'istituto; infatti, nel processo amministrativo essa sarebbe non una forma di riparazione del danno, ma un rimedio volto a soddisfare la pretesa relativa al rapporto originario, e che prescinde dagli elementi del danno e della colpevolezza. Per un maggiore approfondimento su questi temi, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁴³ Si pensi alla sentenza Maso, in cui la Corte ha affermato che "l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva ai lavoratori vittime dell'attuazione tardiva consente, in linea di massima, di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della violazione del diritto comunitario, a condizione che la direttiva sia stata regolarmente recepita. Infatti, tale applicazione dovrebbe avere l'effetto di garantire a questi ultimi i diritti di cui essi avrebbero beneficiato se la direttiva fosse stata recepita entro il termine prescritto. [...] Spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente". Sent. CGCE, 10 luglio 1997, causa C-375/1995, Maso, Graziano e altri c. INPS, in Racc. 1997, pag. I-04051, parr. 39 – 41.

²⁴⁴ Concorso del fatto colposo del creditore: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito a seconda della gravità della colpa e della entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (principio contenuto nell'art. 1176 c.c.)".

elementi che incidono nella determinazione del *quantum* risarcitorio il comportamento del ricorrente, ma non giunge ad escludere recisamente il diritto al risarcimento del danno in caso di negligenza dell'attore, forse preoccupata di mantenere fermo il principio della responsabilità oggettiva e formale per violazione dei diritti e dei corrispondenti obblighi imposti dal diritto comunitario a tutti i pubblici poteri²⁴⁵.

²⁴⁵ Cfr. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Padova, 2008, pag. 157.

GLI ESITI DELLA COMPARAZIONE: MISURAZIONE DELLE DIFFERENZE FRA LE ESPERIENZE CONSIDERATE E RIFLESSIONI CONCLUSIVE CIRCA LA FORMAZIONE DI UNO *JUS COMMUNE* DELLA RESPONSABILITÀ PUBBLICA.

Le tre esperienze a confronto. Misurazione delle differenze e riflessioni critiche.

L'analisi delle tre esperienze deve necessariamente concludersi con una comparazione, accompagnata da alcune riflessioni critiche relative alla struttura ed alla funzione dell'illecito comunitario nel suo complesso. Per questa ragione, divideremo il capitolo conclusivo in tre sezioni. Una prima sarà dedicata ad una comparazione fra le diverse esperienze di attuazione dell'illecito comunitario. Una seconda riguarderà gli effetti indotti sugli atti, amministrativi, legislativi e giurisdizionali, di esercizio della sovranità dello Stato. Nella terza sezione si svolgerà una critica relativa alle prospettive della figura nel suo complesso ed agli effetti circa l'omogeneizzazione dei regimi nazionali e, quindi, la creazione di un diritto comune della responsabilità pubblica.

La responsabilità delle amministrazioni.

Dalla disamina della giurisprudenza delle corti nazionali, si desume in termini inequivocabili che l'illecito comunitario imputabile alla P.A. è quello che minori questioni problematiche presenta nella pratica. Ciò detto, le esperienze considerate rivelano divergenze profonde fra le rispettive discipline, che in questa sede ci proponiamo di affrontare, in modo da riflettere sui pericoli circa l'effettiva applicazione del diritto comunitario e le asimmetrie di tutela che da tali differenze possono derivare.

Se consideriamo le differenti discipline processuali, emergono alcuni importanti elementi di distinzione. Si pensi, in primo luogo, al fatto che sia nel caso francese sia nel caso spagnolo l'azione di responsabilità deve essere in primo luogo esercitata, in via amministrativa, davanti all'organo autore della condotta dannosa, e solo in un secondo tempo davanti al giudice¹. Il fatto che in Italia, per la tutela della stessa posizione giuridica, si possa ricorrere direttamente all'organo giurisdizionale, dimostra come il principio dell'autonomia procedimentale degli Stati possa condurre ad asimmetrie rilevanti circa la risarcibilità delle posizioni giuridiche individuali. A tal proposito, la Corte di giustizia non si è mai espressa direttamente; tuttavia, è possibile domandarsi se non ci si trovi in un caso in cui l'autonomia degli Stati membri conduca ad una lesione del principio di non discriminazione e, in casi estremi, del principio di effettività del diritto comunitario².

Altrettanto rilevanti sotto il profilo della tutela delle posizioni individuali sono le differenze circa l'individuazione del giudice competente. A tal proposito, come abbiamo visto, in Francia e in Spagna, secondo la regola generale, la competenza circa le conseguenze patrimoniali derivanti da

¹ Per quanto riguarda l'esperienza francese, si tratta di una regola di formazione giurisprudenziale, elaborata a partire dalla sentenza CE, 13 dicembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec. 1148. In Spagna, si tratta di una norma derivante dall'Art. 142 Legge 30/1992, del 26 novembre, *Régimen jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*; art. 4, 5, 6 del *Real Decreto 429/1993*, del 26 marzo, di approvazione del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial*.

² Si tratta, in ogni caso, di un giudizio che deve essere svolto caso per caso e su cui la Corte di giustizia ha sempre preferito non intervenire, in modo da rispettare le specificità delle discipline nazionali.

una violazione del diritto comunitario è attribuita ai giudici appartenenti all'ordine amministrativo³. In Italia, invece, sarà competente il giudice ordinario o amministrativo, a seconda della materia implicata nella violazione, secondo il tradizionale riparto di competenze. Per cui, nel caso di materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o nel caso in cui la controversia riguardi provvedimenti amministrativi illegittimi, sarà competente il giudice amministrativo⁴. Però, nel caso in cui il soggetto danneggiato intenda agire nei confronti dello Stato per ottenere in via principale il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario, risulta competente il giudice ordinario⁵.

Altro importante elemento di dissonanza che emerge dalla disamina sin qui svolta attiene al termine per l'esercizio dell'azione. Si tratta di uno degli ambiti in cui gli ordinamenti nazionali dimostrano una particolare varietà di soluzioni. Se prendiamo in considerazione solo le tre esperienze esaminate in questo lavoro, ci accorgiamo che, mentre in Italia il termine è di cinque anni e in Francia di quattro, l'ordinamento spagnolo prevede un termine di un anno⁶. Ciò non deve condurre a ritenere automaticamente che la tutela prevista in Francia e in Italia sia maggiore, perché un paragone di questo genere deve essere svolto sui sistemi processuali nella loro globalità; tuttavia, non c'è dubbio che sul punto specifico le

³ Ci riferiamo alla *Ley Orgánica 6/1998* e alla *Ley 4/1999*, che modificarono, rispettivamente, la *Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 1/1985)* e la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Negli ultimi anni il legislatore è nuovamente intervenuto riformando ampiamente la LOPJ attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 19/2003*, del 23 dicembre, che porta a compimento un serie di interventi legislativi orientati all'attribuzione ai giudici amministrativi della competenza esclusiva per giudicare questo tipo di azioni di responsabilità patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione. Per quanto riguarda l'esperienza francese, i tribunali amministrativi sono giudici di diritto comune in tema di responsabilità dei pubblici poteri ex Titolo 1, Libro IV del *Code de Justice Administrative*.

⁴ L'art. 7 l. 205/00 ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alle domande risarcitorie correlate all'impugnazione di provvedimenti nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

⁵ Si tratta di una soluzione che lascia perplessi, in considerazione delle rilevanti diversità di orientamento degli organi giurisdizionali di vertice a proposito di importanti questioni, quali la pregiudizialità amministrativa. Questa situazione di incertezza, infatti, potrebbe condurre a modulare la pretesa in modo da adire il giudice il cui consolidato orientamento risulti più favorevole; potrebbe condurre, dunque, ad episodi di *forum shopping* che andrebbero per quanto possibile limitati.

⁶ Cfr., rispettivamente, art. 2224 *code civil*, art. 2947 cod. Civ.it., e art. 1968 c.c. esp. (nonché art. 142.4 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento común*).

asimmetrie siano rilevanti⁷. A tal proposito annotiamo che non di rado la soluzione dell'intera controversia dipende da una questione relativa alla determinazione del *dies a quo*. In questo caso, è estremamente difficile svolgere una disamina in chiave comparata, poiché i due tradizionali orientamenti, secondo cui il termine decorre, rispettivamente, dal momento di produzione del danno o dal momento in cui il danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dagli interessati, attraversano gli orientamenti giurisprudenziali nazionali e variano a seconda del giudice adito e dei fatti del caso⁸.

Altrettanti profili di criticità derivano da alcuni elementi di diritto sostanziale. Si pensi alle sensibili divergenze in tema di elemento soggettivo. Si tratta di un fattore che distingue non solo le esperienze nazionali fra loro, ma anche gli ordinamenti municipali rispetto all'orientamento del giudice comunitario. Come sappiamo, quest'ultimo considera il dolo e la colpa come elementi sintomatici della violazione grave e manifesta, nonché fattori di aggravamento o di diminuzione della responsabilità; tuttavia, lo stesso giudice comunitario ha stabilito che il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del

⁷ Come abbiamo visto, non di rado gli attori vedono rigettata la propria azione per avvenuto decorso del termine di prescrizione. Si pensi alla già citata Sentenza dell'*Audiencia Nacional* (AN de 7 de mayo 2002, RJCA 2002, 634) in cui l'Avvocato di Stato sostenne che dovessero essere rigettate tutte le domande proposte dai soggetti che avevano concluso i rispettivi contratti prima del 18 febbraio 1998, ovvero un anno prima rispetto al ricorso al CdM. Gli attori sostenevano, invece, che si trattasse di danni continuati, poiché i venditori avevano continuato a pretendere l'esecuzione dei contratti, dato che i contratti erano ancora in vigore. E quindi l'attività dannosa non era cessata. Per cui, contestavano la prescrizione dei diritti in capo ai soggetti che avevano stipulato i contratti prima di quella data. A tal proposito, il giudice applicò la regola di diritto comune, secondo cui il *dies a quo* coincide con il momento di produzione del fatto o atto su cui sia fondato il ricorso nel quale si manifesti l'effetto lesivo, e identificò l'effetto dannoso con la stipula dei contratti.

⁸ Nel corso della trattazione abbiamo ricordato che in seno alla giurisprudenza italiana si è assistito ad un'evoluzione che ha condotto la Corte di Cassazione a sovvertire la lettera del codice civile italiano (art. 2947), secondo cui il *dies a quo* coincide con il "giorno in cui il fatto si è verificato". Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 123.

diritto comunitario⁹. Questa affermazione della Corte di giustizia, anche se costituisce un limite all'operato dei giudici nazionali, in realtà può essere elusa con relativa facilità. Infatti, come abbiamo visto, i regimi nazionali di responsabilità nella maggior parte dei casi prevedono l'elemento soggettivo come uno dei presupposti necessari, e nulla vieta alla corte nazionale adita di considerare tale elemento ai fini della quantificazione del danno e quindi dell'entità della somma accordata a titolo di risarcimento. Come sappiamo, la Corte di giustizia è in una posizione tale da potersi esprimere circa la compatibilità della condotta statale rispetto al diritto comunitario; tuttavia, il meccanismo non è sufficientemente agile per tutelare le posizioni giuridiche soggettive, perché la distinzione fra *an* e *quantum*, delegata al giudice nazionale, tende ad essere evanescente¹⁰. Tuttavia, a tale proposito è d'obbligo constatare che fra i diversi ordinamenti nazionali è in corso un processo di avvicinamento. Infatti, in tutti e tre i casi, la tendenza è quella di adottare una colpa oggettivizzata, e, pertanto, di abbandonare definitivamente le categorie soggettivistiche proprie del modello antropomorfo della responsabilità extracontrattuale¹¹. Questo avviene non solo in Spagna, in cui vige da sempre un regime oggettivo, ma anche in Italia e in Francia in cui, tradizionalmente, pur con tutti i criteri presuntivi del caso, è necessario provare anche la colpa del soggetto autore del danno. Si tratta di un processo, su cui torneremo più

⁹ Capoverso 80 della sentenza *Brasserie/Factortame*. Cfr. E. PICOZZA, M.G. CARCIONE, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Corriere Giuridico*, 1, 2007, (pp. 113 – 130), pag. 121.

¹⁰ Ci riferiamo al fatto che il giudice nazionale, pur non subordinando espressamente la condanna al risarcimento alla prova dell'elemento soggettivo, nel caso in cui reputi, ad esempio, che l'apparato statale abbia agito con colpa lieve, può diminuire sensibilmente l'entità accordata a titolo di risarcimento. In questo modo, riesce al contempo a rispettare la statuizione del giudice comunitario poc'anzi ricordata, ma svuotandola sostanzialmente di contenuto. In una situazione di questo genere, il soggetto danneggiato può esperire i soliti rimedi, e può teoricamente anche giungere ad ottenere un risarcimento per illecito comunitario imputabile ad organo giurisdizionale, ma la complessità di un giudizio di tale genere e il tempo e le risorse economiche necessarie inducono a dubitare che tale strada sia rispettosa del principio di effettività del diritto comunitario.

¹¹ Tale opinione è espressa anche da chi fa notare che "L'idolo della colpa antropomorfa, d'altro canto, è stata oggetto di una profonda revisione non solo nelle ultime, importanti sentenze della *House of Lords*, ma anche nella giurisprudenza e dottrina tedesca. In questo sistema, la colpa tende negli ultimi tempi ad assumere una coloritura oggettivizzata assai simile a quella della *faute de service* francese, senza per questo rinunciare alla costruzione oramai consolidata che fa capo all'art. 839 del BGB". Cit. da A. LAZARI, *La responsabilità degli Stati nell'edificazione di un diritto uniforme*, in G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Cedam, Padova, 2002, (pp. 265 - 294), pag. 290.

avanti, che tende ad alleviare l'onere della prova dell'attore, che, secondo il modello tradizionale, dovrebbe dimostrare all'organo giudicante anche la colpa del soggetto pubblico, come se si trattasse di un soggetto privato¹². Nel corso della trattazione abbiamo sottolineato come, grazie alle evoluzioni giurisprudenziali nazionali, tale originario modello sia stato ormai da tempo superato, anche senza il bisogno dell'impulso proveniente dalla giurisprudenza comunitaria¹³. È altrettanto vero, però, che quest'ultima ha sicuramente accelerato tale sviluppo, tanto che la dottrina appare concorde nel ritenere necessario l'approdo ad un sistema oggettivizzato, in cui sia l'autore del danno a dover dimostrare la sussistenza di elementi che interrompono il nesso causale fra condotta e danno¹⁴.

L'analisi svolta fin qui ci permette, infine, di svolgere altre riflessioni circa la partecipazione dei soggetti che costituiscono la P.A. al processo di integrazione europea. Proprio l'analisi dell'illecito comunitario dello Stato amministratore ha favorito l'emergere di alcuni argomenti relativi alle debolezze ed alle forzature che caratterizzano questo meccanismo di tutela. Ci riferiamo al fatto che non di rado l'amministrazione diventa una sorta di "responsabile d'ufficio" nei casi di violazione del diritto comunitario. In altri termini, vengono imputati all'amministrazione illeciti comunitari la cui causa prima risiede nel cattivo esercizio di altre funzioni, in particolare quella legislativa. Le ragioni di tale fenomeno sono di duplice natura. Da un lato, abbiamo più volte ricordato la tradizionale ritrosia dei giudici nazionali a dichiarare la responsabilità patrimoniale del legislatore

¹² Il tema è stato trattato in prospettiva comparata in LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato cit.* V., in particolare, il primo capitolo, dal titolo "Il modello antropomorfo di responsabilità della Pubblica Amministrazione: la *government liability for torts* in Inghilterra", pp. 1 – 85.

¹³ Infatti, la dottrina già da tempo ha segnalato che applicare ai pubblici poteri i requisiti della responsabilità extracontrattuale vigente per i rapporti interprivati conduce a palesi ingiustizie, ed implica evidenti forzature.

¹⁴ Ricordiamo che diversi autori hanno segnalato come in molti casi sarebbe possibile raggiungere lo stesso obiettivo applicando il regime di responsabilità contrattuale. Questo sarebbe possibile ogniqualvolta sia configurabile la c.d. "responsabilità da contatto", ovvero quando l'amministrazione abbia violato il diritto comunitario nella conclusione o nell'esecuzione di un appalto o di una concessione. Nel caso Europa 7, ad esempio, tale applicazione sarebbe stata ipotizzabile; tuttavia il Consiglio di Stato, come noto, ha applicato direttamente le condizioni imposte dalla Corte di giustizia. V. E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: Disciplina pubblica. Trattato di diritto dell'economia. II*, Giuffrè, Padova, 2005, pag. 665 e ss. Cfr. PICOZZA, *Potere amministrativo e responsabilità civile cit.*, pag. 120.

a causa di fattori culturali difficili da superare. In secondo luogo, abbiamo messo in luce la diversa posizione dell'amministrazione rispetto al giudice. Infatti, mentre il secondo, nel caso in cui nutra dubbi circa la compatibilità con il diritto comunitario della legislazione nazionale che è chiamato ad applicare, può avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE, la prima, al massimo, potrà utilizzare strumenti di consultazione informale. Per cui, la posizione del giudice e quella dell'amministrazione non è certo di parallelismo, se si considera, per di più, il regime aggravato di responsabilità del primo¹⁵. Lo slittamento dell'imputazione verso la P.A. si è avvertito in termini particolarmente evidenti in Francia, tramite l'applicazione del criterio del *règlement-écran*. Tuttavia, anche in Italia, e in qualche misura anche in Spagna, vi è la tendenza ad imputare la responsabilità per violazione del diritto comunitario all'amministrazione tutte le volte che il danno derivi da una sua condotta, anche se la violazione è costituita in primo luogo dal cattivo esercizio dell'attività legislativa. In Francia e in Italia, ciò è dovuto all'estrema prudenza che caratterizza l'orientamento dei giudici nazionali in tema di responsabilità del legislatore. In Spagna, in cui invece tale principio è generalmente accettato (eccezion fatta per qualche autorevole ma isolata voce dottrinale), tale fenomeno si verifica, seppur in tono minore, perché è comunque più facile dimostrare la sussistenza dei presupposti della responsabilità dell'amministrazione, piuttosto che di quella del legislatore¹⁶. Sono pertanto le stesse parti che, per una questione di strategia processuale, preferiscono agire nei confronti

¹⁵ Come sappiamo, infatti, la prova dell'elemento soggettivo applicato all'organo giurisdizionale è particolarmente gravosa, perché le discipline nazionali, quando non stabiliscono tassativamente singole ipotesi di colpa grave (come nel caso italiano), sono caratterizzate da orientamenti giurisprudenziali particolarmente restrittivi (casi francese e spagnolo). Viceversa, nel caso dell'amministrazione, anche in seno a ordinamenti soggettivisti, è sufficiente provare la colpa lieve.

¹⁶ Come abbiamo visto, la responsabilità del legislatore, sia che derivi da condotta incompatibile con la Costituzione, sia che costituisca una violazione di principi quali la buona fede e il legittimo affidamento, è oggetto di giudizio particolarmente restrittivo da parte dei giudici nazionali, in modo da evitare che ogni soggetto pregiudicato da un intervento legislativo richieda un risarcimento; ci troviamo in un caso in cui il valore della tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei cittadini è in equilibrio con altri interessi, quali la libertà della funzione legislativa. Per cui, l'abbondante giurisprudenza permette di concludere, ad esempio, che il risarcimento è dovuto solo nel caso in cui il danno interessi diritti, e non mere aspettative; inoltre, è necessario che la norma abbia implicato una privazione, abbattimento o ablazione del diritto, mentre non è sufficiente che ne sia derivata una semplice limitazione, nel tempo o nell'estensione.

dell'amministrazione, piuttosto che cercare tutela nel disagiata campo della responsabilità del legislatore. Tale tendenza, seppur del tutto ammissibile sotto un profilo ordinamentale, costituisce una forzatura che può condurre a situazioni di iniquità non solo in riferimento al riparto di responsabilità fra pubblici soggetti, ma anche, indirettamente, in tema di tutela degli stessi soggetti danneggiati. Agire nei confronti dell'amministrazione per un illecito imputabile, in primo luogo, al cattivo esercizio della funzione legislativa può infatti comportare conseguenze inaccettabili. Tali effetti sono meno evidenti nel caso in cui la violazione del diritto comunitario sia imputata ad un organo amministrativo statale, quale un Ministero¹⁷. In un caso di questo genere, infatti, il risarcimento del danno sarà a carico dell'erario statale, per cui non si notano effetti distorsivi di sorta. La situazione cambia radicalmente, tuttavia, nel caso in cui sia convenuta un'amministrazione locale. Come noto, le amministrazioni sono chiamate a disapplicare la normativa nazionale contraria rispetto al diritto comunitario e a tale fine devono in primo luogo svolgere un giudizio circa tale incompatibilità. Come appena ricordato, le amministrazioni non possono promuovere quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia, per cui si trovano in una posizione di solitudine nella scelta del diritto applicabile, e non è affatto detto che queste abbiano le risorse per svolgere correttamente un esame di questo tipo. In un caso di questo genere, inoltre, nel momento in cui il soggetto pubblico locale venga condannato al risarcimento del danno, deve cercare di adempiere il relativo obbligo risarcitorio con il proprio bilancio, il che molto spesso non è materialmente possibile¹⁸.

¹⁷ Nel caso Europa 7, si trattava evidentemente di una violazione del diritto comunitario imputabile al legislatore, tuttavia, l'attore ha agito nei confronti della P.A.; in un caso di questo genere, in realtà, tale scelta, dettata da elementi di strategia processuale, è priva di particolari conseguenze perché, anche se l'azione fosse stata diretta contro lo Stato legislatore, il soggetto passivo sarebbe stato comunque individuato nel Ministero delle comunicazioni.

¹⁸ A tal proposito, ricordiamo che, in Francia, l'ampliamento del ruolo dei Dipartimenti e il maggior carico di obblighi in settori numerosi ed importanti ha implicato un aggravamento della loro responsabilità per violazione del diritto comunitario, tanto che, nel corso del 2003, il *Conseil d'État*, su richiesta del Primo Ministro, ha elaborato uno studio volto a chiarire la possibilità di conciliare la responsabilità esclusiva dello Stato in diritto comunitario con il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali e con quello dell'organizzazione decentrata della Repubblica. Un commento relativo a tale

Si tratta, dunque, di una situazione che rischia di rovesciarsi in sfavore del soggetto danneggiato. Si pensi inoltre al fatto che il soggetto pubblico convenuto può eccepire davanti al giudice la difficoltà nell'esercizio dell'azione amministrativa, in modo da interrompere il nesso causale e ottenere una riduzione, totale o parziale, della condanna¹⁹. Tra l'altro, non di rado il danno è imputabile a più soggetti, e quindi il danneggiato rischia di vedersi rigettare la domanda per aver convenuto il soggetto sbagliato o, in alternativa, rischia di dover intraprendere un percorso giudiziale estremamente lungo e complicato che può porre in serio pericolo il principio di effettività del diritto comunitario²⁰.

Si tratta, in ogni caso, di questioni destinate a rimanere senza definitiva soluzione fino a quando la Corte di giustizia non interverrà in modo da limitare maggiormente lo spazio di autonomia degli Stati nella fissazione dei meccanismi nazionali di tutela delle posizioni giuridiche comunitarie. Infatti, ci troviamo in una fase in cui lo spazio di autonomia è tale da poter svuotare di contenuto il principio di effettività del diritto comunitario, senza sconfessarlo formalmente. Questa situazione, del resto, è destinata a perdurare fino a quando il giudice comunitario si pronuncerà in termini estremamente cauti, nonché limitati rigorosamente alle singole fattispecie che gli vengono sottoposte.

studio è costituito da GAUTHIER, *Comment concilier la responsabilité exclusive de l'État cit.*

¹⁹ Nel corso della trattazione abbiamo già fatto riferimento alla possibilità che trovi applicazione il criterio dell'errore scusabile, secondo cui non ricorrono gli estremi della colpa (oggettiva) della P.A. ogniqualvolta l'amministrazione dimostri la scusabilità dell'errore, dovuto, per esempio, a incertezze interpretative della norma applicata, a contrasti giurisprudenziali o alle rilevate complessità del fatto oggetto di accertamento. La questione in diritto italiano consiste nel distinguere fra l'attività amministrativa illegittima, ma non anche colposa, e l'attività amministrativa illegittima e colposa, che dà accesso, parallelamente alla tutela consistente nell'annullamento dell'atto, anche alla tutela risarcitoria.

²⁰ Tale ragionamento sarà ripreso nella sezione dedicata alla responsabilità degli enti locali.

La responsabilità del legislatore

Le differenze fra le esperienze considerate sono particolarmente evidenti in tema di conseguenze patrimoniali per cattivo esercizio dell'attività legislativa. La responsabilità extracontrattuale del legislatore, in due delle tre esperienze considerate, sostanzialmente non è contemplata. In Italia, i giudici hanno sempre apertamente negato tale possibilità, e gli unici casi in cui è stata ammessa una qualche forma di riparazione sono quelli in cui la Corte Costituzionale lo abbia espressamente previsto in sede di dichiarazione di incostituzionalità di una legge²¹.

Il principio per cui il legislatore non può per sua stessa natura commettere un illecito fa parte anche del patrimonio giuridico – culturale francese. In Francia, la responsabilità del legislatore esiste solo di nome; la dottrina statual-legalista, che impone il rispetto del monopolio della produzione del diritto da parte di ciascun legislatore nazionale, si è affermata, come noto, nel periodo dei nazionalismi e vede il suo più esplicito manifesto nel *Code Civil des Français*²². Esso non costituisce solo la più alta affermazione della statualità del diritto, ovvero della relazione biunivoca fra Stato nazionale e ordinamento giuridico, ma è il documento che meglio esprime la prospettiva di un diritto di formazione prettamente legislativa, in cui il giudice e l'interprete accademico svolgono un ruolo del tutto secondario. L'enfasi per la libertà della funzione legislativa è alla base del ruolo

²¹ Ad oggi, in caso di applicazione di legge successivamente dichiarata incostituzionale, la Corte Costituzionale ha riconosciuto, tuttalpiù, a favore dei cittadini, il diritto ad un equo indennizzo, qualora il legislatore avesse adottato norme che, direttamente o indirettamente, si fossero poi rivelate in grado di cagionare danni ai singoli. A tal proposito, v. Sentenza Corte Costituzionale *Oprandi c. Ministero della Sanità*, 22 – 6 – 1990, n° 307, FI, 1990, I, 2694, che ha sancito l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1965 n° 51, sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica, “nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia casualmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo”. In quell'occasione il legislatore, non provvedendo con un'adeguata informazione o altri mezzi utili, non aveva adottato misure idonee ad impedire che fosse leso il diritto alla salute nei confronti della ricorrente nel giudizio *a quo*, la quale era stata contagiata dal contatto col figlio appena vaccinato, non essendo stata informata sulle precauzioni da adottare nell'accudirlo.

²² Per una disamina relativa alla codificazione civile francese, v. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2008, pag. 219 e ss.

sicuramente meno centrale del *Conseil Constitutionnel* rispetto ai rispettivi tribunali costituzionali europei²³. È questa la ragione per la quale, fino a tempi recentissimi, l'illecito costituzionale non era nemmeno configurabile, poiché tradizionalmente, e fino ad una recentissima riforma, l'ordinamento francese è stato caratterizzato da un controllo di costituzionalità esclusivamente preventivo ed astratto²⁴.

Eppure, come abbiamo visto, l'ordinamento francese prevede una forma di responsabilità del legislatore; si tratta della c.d. responsabilità senza colpa, che niente ha a che vedere con un regime di responsabilità extracontrattuale quale quello previsto dal giudice comunitario. Come abbiamo visto nel capitolo dedicato all'esperienza francese, i giudici nazionali (il *Conseil d'État*, in primo luogo) hanno eccezionalmente accordato una forma di indennizzo al constatare la sussistenza di requisiti estremamente rigidi, quale il carattere "anormale" del danno, e il fatto che il legislatore non deve averlo esplicitamente escluso²⁵. Nel corso del capitolo abbiamo approfondito le differenze fra il regime di responsabilità senza colpa e l'illecito per violazione del diritto comunitario e abbiamo concluso che la figura prevista nell'ordinamento francese ha ben pochi elementi in comune con un regime di responsabilità extracontrattuale, tanto che sarebbe meglio riferirsi ad un sistema giudiziale (eccezionale) di indennizzo.

Le differenze rispetto all'esperienza spagnola appaiono in tutta evidenza. L'ordinamento spagnolo è generalmente indicato come quello che più apertamente riconosce la responsabilità del legislatore. Come abbiamo visto, è riconosciuta sia una forma di responsabilità senza colpa, ovvero per attività costituzionalmente legittima, sia una vera e propria forma di responsabilità per atto illecito, in caso di condotta (attiva o omissiva) incompatibile con la Costituzione²⁶. Per cui, l'applicazione della dottrina Francovich in Spagna è stata sicuramente meno traumatica e accolta

²³ Per una approfondita disamina del suo ruolo e delle sue funzioni, cfr. J. MAUNIER, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant. L.G.D.J., Bruxelles, 1994.

²⁴ La situazione è mutata a seguito della riforma costituzionale approvata nel 2008. Vi faremo espresso riferimento nel corso del capitolo.

²⁵ A tal proposito, v. la sezione dedicata alla responsabilità del legislatore in Francia.

²⁶ Il tema è stato trattato nel dettaglio nel capitolo dedicato all'esperienza spagnola.

dalla dottrina maggioritaria come un logico corollario dei principi di primato e applicabilità diretta del diritto comunitario²⁷. Si tratta, pertanto di un'esperienza atipica, il cui esame appare particolare fecondo per gli osservatori formati in altre esperienze giuridiche europee. Infatti, il tema è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina spagnola, che attualmente si sta misurando su questioni quali l'equivalenza fra illecito costituzionale e illecito comunitario, che finora altrove non sono state sufficientemente affrontate, in quanto prive di conseguenze pratiche. Ricordiamo che si tratta di una questione oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del *Tribunal Supremo* alla Corte di giustizia, che per ora non ha ancora dato risposta²⁸. Si tratta di una questione dai riflessi estremamente importanti sia da un punto di vista dogmatico sia sotto il profilo della tutela delle posizioni giuridiche soggettive²⁹. Il dibattito, tra l'altro, è particolarmente acceso perché, nel silenzio del giudice comunitario, la dottrina è ormai per lo più concorde nell'assimilazione delle due figure, mentre il TS si è finora espresso in termini opposti³⁰.

In sede di critica, è possibile affermare che il regime spagnolo offre garanzie senza dubbio più ampie ai cittadini danneggiati a seguito di cattivo esercizio della funzione legislativa. Infatti, i giudici sono più abituati a maneggiare le categorie, ed hanno meno remore nell'affermare esplicitamente la responsabilità del legislatore, il che distingue sensibilmente il caso spagnolo dall'esperienza italiana, e non poco anche dall'esperienza francese. Ad oggi è possibile affermare che i giudici italiani hanno condannato lo Stato al risarcimento del danno a seguito di cattivo esercizio di attività legislativa solo perché tenuti in forza del primato del

²⁷ Parte della dottrina continua a sostenere che la responsabilità per fatto illecito del legislatore sia del tutto inammissibile e priva di fondamento costituzionale. A tal proposito, v., su tutti, GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto cit.*

²⁸ Ci riferiamo alla già citata questione sollevata con rinvio pregiudiziale con *Auto del TS de 1 de febrero de 2008*. Circa le conseguenze di tale quesito rispetto alla funzione legislativa, rinviando alla prossima sezione.

²⁹ Da tale diversità ontologica ha fatto discendere conseguenze giuridiche di rilievo relative al *dies a quo* del decorso del termine e alla mancata impugnazione dell'atto lesivo ai fini della possibilità di agire per ottenere il risarcimento.

³⁰ Ricordiamo che, a tal proposito, l'Avvocato Generale Poiares Maduro ha sostenuto che si tratta di due figure incomparabili. V. Conclusioni presentate il 9 luglio 2009, Causa C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, SAL contro *Administración del Estado*, par. 38. Il tema è stato ampiamente trattato nel capitolo dedicato all'esperienza spagnola, nella sezione dedicata alla responsabilità del legislatore.

diritto comunitario. In Italia, ad esempio, si è assistito a veri e propri equilibrismi, volti ad adempiere agli obblighi comunitari, senza intaccare principi assunti dogmaticamente quale, appunto, quello dell'irresponsabilità del legislatore³¹. Tuttavia, se dobbiamo trarre un bilancio circa l'aspetto c.d. "informale" della *cross-fertilisation*, consistente nella contaminazione culturale, per ora non possiamo che prendere atto di una situazione interlocutoria. Infatti, se ha ripreso vigore la dottrina italiana che considera auspicabile, oltre che configurabile, la costruzione di una forma di riparazione a seguito di cattivo esercizio dell'attività legislativa, i giudici, ad oggi mantengono l'impostazione tradizionale. Nei casi di applicazione del diritto comunitario, peraltro, lo stesso stile delle pronunce e la qualità non certo esemplare delle argomentazioni, tradiscono un evidente imbarazzo nell'applicazione di un principio che gli stessi giudici devono applicare in quanto giudici comunitari, ma sono soliti negare in quanto giudici di diritto interno³².

In Francia, come noto, il problema della responsabilità per illecito costituzionale ad oggi non si è posto, poiché, fino alla riforma costituzionale approvata nel 2008, l'ordinamento francese era caratterizzato da un controllo di costituzionalità esclusivamente astratto e preventivo che, quindi, era strutturalmente inidoneo a prefigurare un caso di illecito costituzionale. I tempi non sono maturi per esprimere riflessioni e giudizi circa le concrete prospettive di tale riforma. È però possibile ricordare che tale intervento, da parte del legislatore nazionale, è, quanto meno in parte, conseguenza di una sollecitazione proveniente dal diritto comunitario e dagli altri ordinamenti nazionali. Infatti, la dottrina francese

³¹ Cfr. la sentenza SS.UU, in cui la Corte di Cassazione ha affermato che in un caso di questo genere lo Stato è obbligato a risarcire il danno non in forza dell'art. 2043 c.c., trattandosi, invece, di un'obbligazione *ex lege* dello Stato.

³² A tal proposito, v., in particolare, la sentenza Tribunale di Caltanissetta, 15 settembre 1997, in causa Di Vincenzo S.p.A. c. Repubblica Italiana, in Danno e Responsabilità, 5, 1998, pp. 469 – 472, con nota LAZARI, "Eppur si muove!": Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario cit., In sede di commento a tale pronuncia, Vincenzo Roppo ha opportunamente messo in luce che il tribunale nisseno da un lato ha affermato l'applicabilità anche nel caso di illecito del legislatore per violazione del diritto comunitario dell'art. 2043 c.c., mentre, d'altra parte, ha sottolineato la atipicità della domanda risarcitoria che "risiede nel fatto di non fondarsi sui presupposti tipici dell'illecito aquiliano, strutturato secondo lo schema generale del *neminem laedere*". Cit. da ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 110.

già da diversi anni perorava tale riforma, sostenendo che il meccanismo di controllo di costituzionalità esclusivamente astratto e a priori costituisse una soluzione antiquata e eccentrica rispetto al modello progressivamente affermatosi in Europa³³. In sintesi, è sicuramente possibile concludere sostenendo che, in tema di responsabilità del legislatore, il processo di *cross-fertilisation* ha per ora comportato una massiccia contaminazione delle dottrine nazionali, ma i giudici hanno applicato tale figura solo nella misura in cui sono stati obbligati a farlo. È però anche possibile intravedere un atteggiamento meno ostruzionistico, sotto questo profilo. Infatti, le ultime sentenze hanno sempre rigettato l'azione del soggetto che lamentava un danno derivante da attività legislativa per mancata sussistenza dei presupposti di responsabilità, mentre le esplicite dichiarazioni contrarie alla configurazione della responsabilità del legislatore sono circondate da maggiore cautela³⁴.

A proposito degli elementi di diritto processuale, rinviando a quanto affermato a proposito della responsabilità dell'amministrazione. Vi sono però alcuni elementi di specificità, relativi all'equivalenza fra dichiarazione di incostituzionalità di una legge e giudizio di incompatibilità con il diritto comunitario. Si tratta della questione, tutt'ora sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, da parte del *Tribunal Supremo*³⁵.

Nessun problema attiene all'elemento soggettivo, perché è esplicitamente ammesso che si tratti di una responsabilità oggettiva. Nel caso, piuttosto frequente nella pratica, di mancato recepimento di direttiva comunitaria, il

³³ Tuttavia, la dottrina francese, prima della recente riforma, ha a più riprese richiamato la dottrina europea anche a questo proposito, affermando che, se il *Conseil Constitutionnel* avesse potuto svolgere un controllo di costituzionalità a posteriori, sarebbe stato del tutto ammissibile per il giudice ordinario applicare il regime di responsabilità per colpa anche in un caso di legge incostituzionale. A tal proposito, v. BON, *La responsabilité du fait des lois cit.*, pag. 155, secondo cui "*Le droit comparé montre d'ailleurs que la question de la responsabilité de l'État législateur est devenue l'un des grands problèmes d'actualité du droit public, provoquant ou laissant entrevoir des évolutions considérables. Il serait étonnant qu'il n'en aille pas bientôt de même en France*".

³⁴ Si tratta di un'annotazione fondata su una giurisprudenza esigua e contraddittoria; tuttavia, mentre nelle sentenze più risalenti si trovano affermazioni più esplicite di rifiuto della possibilità della configurazione di una responsabilità del legislatore, negli ultimi anni, lo stesso principio è stato affermato in termini meno netti.

³⁵ Evidentemente, tale questione non poteva che essere sollevata dai giudici spagnoli, perché si tratta dell'unico ordinamento in cui tale questione ha effetti di ordine pratico, e non sono solo teorico. Le conseguenze concrete per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive riguardano la possibilità che il *dies a quo* decorra solo al momento della dichiarazione di incompatibilità del diritto comunitario.

danneggiato non ha bisogno di dimostrare la sussistenza del secondo presupposto, che risulta *in re ipsa* nella mancata attuazione delle direttiva comunitaria nei termini ivi indicati.

La responsabilità del giudice.

Come abbiamo visto, l'illecito comunitario per condotta di organo giurisdizionale è stato quello su cui la dottrina si è maggiormente concentrata negli ultimi anni. Le ragioni sono evidenti. Da un lato, si tratta del caso su cui il giudice comunitario si è espresso più di recente. Dall'altro, si tratta di un tema a proposito del quale è più alto il rischio di conflitto fra paradigma comunitario e paradigmi nazionali.

A tal proposito la prospettiva comparata appare particolarmente opportuna, in considerazione delle sensibili differenze fra discipline nazionali, che giustificano il diverso impatto dell'applicazione dell'illecito comunitario. Il caso italiano è quello in cui l'incompatibilità della disciplina nazionale rispetto al paradigma comunitario si verifica in termini più evidenti. Si tratta, infatti, di una disciplina che, di fatto, rende tanto difficile l'ottenimento di un risarcimento per fatto del giudice da negare, nella sostanza, qualunque forma di tutela al soggetto danneggiato a seguito di condotta colposa dell'organo giurisdizionale³⁶. In Italia, nell'unico caso in cui si è verificato un caso di illecito comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale, il giudice ha applicato l'art. 2043 c.c., e non la disciplina di cui alla legge 117/88³⁷. Questa soluzione non stupisce, perché quest'ultima disciplina è stata giudicata dalla stessa Corte di giustizia come globalmente incompatibile con il diritto comunitario. In particolare, è possibile rilevare due elementi che costituiscono i principali fattori di incompatibilità. In primo luogo, il tassativo elenco di ipotesi di colpa grave

³⁶ Ovviamente, è diverso il caso in cui la condotta sia dolosa, ma in un caso di questo genere ci troveremmo di fronte alle conseguenze in termini patrimoniali di un reato configurabile, in diritto italiano, come abuso di ufficio ex art. 323 cod.pen.it.

³⁷ Ci riferiamo alla sentenza Tribunale di Genova, Sez. I, 23 aprile 2008, G.U. Zuccolini – G.B. c. Ministero della Giustizia.

previsto nell'art. 2 confligge nettamente con il presupposto, dai caratteri volutamente indeterminati, della violazione sufficientemente caratterizzata³⁸. In secondo luogo, la complicata disciplina processuale relativa all'azione di risarcimento risulta palesemente incompatibile con il principio di effettività del diritto comunitario³⁹.

In Italia, tuttavia, un autorevole settore dottrinale sostiene l'inapplicabilità della l. 117/88 non per la sua incompatibilità con il diritto comunitario, ma per una presunta differenza ontologica fra la tutela offerta dalla disciplina nazionale rispetto allo strumento previsto dalla Corte di giustizia. Al dibattito nel merito abbiamo già fatto ampio riferimento nel corso della trattazione del caso italiano. Tale prospettazione, seppur accompagnata da convincenti argomentazioni, trova un implicito argomento contrario nella comparazione con le altre esperienze nazionali. Infatti, sia in Francia che in Spagna, vi è unanime convincimento circa l'analogia delle due figure, tanto che la dottrina sia francese che spagnola suggerisce di considerare la violazione del diritto comunitario come specifica ipotesi all'interno della disciplina nazionale. Per cui, quest'impostazione sembra contraddire la tesi circa la concorrenza delle due discipline, in quanto relative a situazioni di fatto e di diritto imparagonabili⁴⁰. Tra l'altro, anche nel caso italiano, vi sono alcuni aspetti della disciplina speciale che a mio parere possono essere pacificamente applicati in caso di illecito comunitario, perché del tutto compatibili con i requisiti imposti dalla Corte di giustizia. Infatti, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione, più breve rispetto al termine relativo alla responsabilità extracontrattuale, ma più lungo rispetto a termini quali quello, trimestrale, previsto in seno all'ordinamento spagnolo, così come il regime relativo alla rivalsa dello

³⁸ Segnaliamo che, anche se nell'ipotesi di illecito comunitario per fatto del giudice, la Corte di giustizia prevede una forma aggravata di "violazione grave e manifesta", vale anche in questo caso il principio secondo cui il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento a dolo o colpa dell'autore del danno che si aggiunga al secondo presupposto.

³⁹ Ci riferiamo al già citato art. 5 comma 1, che prevede un preliminare esame sull'ammissibilità della richiesta risarcitoria ad opera dello stesso giudice competente a decidere nel merito, il che costituisce un'ulteriore barriera che ha finito per bloccare la quasi totalità delle domande. Cfr. BIONDI, *La responsabilità del magistrato cit.*, pag. 194.

⁴⁰ La l. 117/88 non sarebbe applicabile, dunque, non in forza dell'effetto utile del diritto comunitario, ma in forza delle diversità di fattispecie, e, quindi, nella mancanza di presupposti di applicabilità della normativa in discorso. Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale cit.*, pag. 419.

Stato nei confronti del giudice materiale autore della violazione, paiono senza dubbio applicabili⁴¹; se invece si aderisce alla posizione che sostiene la diversità ontologica, ben difficilmente si può applicare, per analogia, tale disciplina, il che appare una soluzione molto discutibile⁴².

Tra l'altro, a nostro parere, anche accettando questa soluzione, è possibile interrogarsi circa le possibilità di convivenza delle due discipline, sotto il profilo della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cui sono attribuiti strumenti di tutela radicalmente diversi a seconda che la posizione giuridica che intendono tutelare sia fondata sul diritto comunitario o sul diritto nazionale. Facciamo notare che la considerazione circa la specialità della prima figura rispetto alla seconda permette la concorrenza delle due fattispecie; tuttavia, ci troviamo in uno di quei casi in cui, a livello nazionale, sarebbe opportuno un intervento legislativo in modo da sanare questa situazione di asimmetria fra tutele di posizioni giuridiche dal contenuto sostanziale analogo. È auspicabile che il legislatore nazionale metta mano alla disciplina nel suo complesso o che, quanto meno, sostituisca al tassativo elenco di ipotesi di colpa grave, una disposizione di carattere generale in modo da delegare la materia alle potenzialità creative dei giudici⁴³. Probabilmente tale soluzione non sortirebbe alcun effetto pratico, considerato l'orientamento estremamente restrittivo dei giudici italiani. Tuttavia, allineerebbe l'ordinamento italiano alle altre esperienze considerate e porrebbe fine ad una situazione in cui il dialogo fra giurisprudenze nazionali è escluso a priori a causa di questa rigida statuizione che lascia ai giudici ben poco spazio interpretativo.

⁴¹ Nell'ambito dell'esercizio di rivalsa, sarebbe anche applicabile l'art. 2 legge 117/1988, relativa al requisito del dolo o della colpa grave. Cfr. G. AFFERNI, *La disciplina della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2007, (pp. 261 – 268), pag. 267.

⁴² Intendiamo far notare che risulta contraddittorio sostenere la sostanziale diversità delle due azioni, ma non mettere in discussione l'applicabilità di alcuni elementi della disciplina nazionale al caso di illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale. In altri termini, se si sostiene l'applicazione dell'art. 2043 c.c., bisogna conseguentemente rifiutare la possibilità di applicare il termine di prescrizione previsto nella l. 117/88, che non è incompatibile con il diritto comunitario. Infatti, delle due l'una: o si opta per un'estensione analogica, oppure si sostiene la globale diversità delle due azioni, e quindi la loro concorrenza. A nostro parere, le argomentazioni che sostengono la seconda ipotesi sotto questo profilo non risultano soddisfacenti.

⁴³ Infatti, in relazione alla tutela delle posizioni giuridiche di diritto interno, il giudice è vincolato all'elenco tassativo di cui all'art. 2 della legge 117/88; tale rigida disciplina comporta una sostanziale irresponsabilità dello Stato per fatto del giudice.

Anche in Francia, come sappiamo, la disciplina della responsabilità per fatto del giudice è particolarmente restrittiva ed è caratterizzata dal fatto che il risarcimento è subordinato alla prova, da parte del soggetto danneggiato, di una colpa grave “*dans l'exercice de la fonction juridictionnelle*”, e che la colpa non può risultare dal contenuto della sentenza definitiva, tenuto conto “*de l'autorité qui s'attache à la chose jugée*”⁴⁴. Si tratta di una disciplina che impone condizioni particolarmente rigide; tuttavia, il maggiore spazio lasciato ai giudici nazionali ha fatto sì che questi abbiano potuto applicare tale normativa in modo da adeguarla ai canoni della Corte di giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁵. Ne è derivato che, per ottenere il risarcimento del danno, è sufficiente provare una colpa semplice e, d'altra parte, che l'illecito comunitario è stato introdotto come specifica ipotesi di responsabilità patrimoniale per fatto del giudice. Anche nel caso francese, pertanto, assistiamo ad una concorrenza di discipline, che trovano applicazione a seconda del fondamento delle posizioni giuridiche violate. Si tratta, ripetiamo ancora una volta, di una situazione del tutto ammissibile da un punto di vista strettamente ordinamentale, ma che non può che lasciare perplessi in relazione alla “*perte de cohérence et de lisibilité de la jurisprudence*”⁴⁶. Infatti, a seconda del fondamento del diritto violato, sarà possibile, o meno, ottenere il risarcimento del danno derivante dal contenuto di una sentenza definitiva⁴⁷. In forza dello stesso meccanismo, in alcuni casi bisognerà provare la colpa grave, e in altri sarà sufficiente provare la colpa semplice. Si tratta, tra l'altro, di una questione caratterizzata da un alone di incertezza, dovuto all'inesistenza di una definizione onnicomprensiva di “*faute lourde*” e di un suo apprezzamento caso per caso. Per cui, rimangono intatte le incertezze circa la possibilità di identificare la colpa grave con la violazione grave e manifesta del diritto comunitario. In questo modo, le asimmetrie, quanto meno sotto il profilo

⁴⁴ CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec., pag. 542.

⁴⁵ Cfr. le già citate pronunce CE, ass., 29 déc. 1978: Rec. CE 1978, pag. 542; CE, ass., 28 giugno 2002, n° 239575: *Juris Data* n° 2002-06399 3, Rec. CE 2002; CE, 18 giugno 2008, *Gestas*, n° 295831; CE, 18 juin 2008, *Robert Gestas*, n° 295831; CE, 6 marzo 2009, *M. Et Mme Le Helloco*, req. n° 312625.

⁴⁶ Cit. da COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif cit.*, pag. 428.

⁴⁷ V. sezione relativa alla responsabilità per fatto del giudice in Francia.

dell'elemento soggettivo, tenderebbero a scomparire; tuttavia, come abbiamo visto, diversi autori hanno affermato che tale equazione, pur sostenuta da voci autorevoli, nell'unica pronuncia disponibile a tale proposito, risulta piuttosto discutibile⁴⁸. Ovviamente, però, se si considera che le due ipotesi abbiano contenuto giuridico distinto, ci troviamo di fronte ad una altra potenziale fonte di disuguaglianze non facilmente giustificabile.

La situazione spagnola si distingue sensibilmente rispetto alle altre esperienze considerate. La responsabilità patrimoniale dello Stato per fatto del giudice è richiamata dalla Costituzione, disciplinata dalla legislazione ordinaria, applicata dalla giurisprudenza e riconosciuta dalla dottrina in forma relativamente pacifica⁴⁹. I concetti quanto mai indeterminati di "*funcionamiento anormal de justicia*" e di "*error judicial*", ovvero le due ipotesi di illecito, hanno contenuto quanto mai indeterminato, per cui sono i giudici a specificarne il significato e la portata, tramite una valutazione caso per caso. Anche in questo caso, i giudici hanno dimostrato un orientamento particolarmente restrittivo nell'applicazione di tale disciplina, accordando il risarcimento solamente in casi eccezionali. A tal proposito, ricordiamo tuttavia che nelle altre esperienze considerate nessuna controversia è stata risolta con la condanna dello Stato per fatto del giudice; ne deriva che da un punto di vista di diritto sostanziale, possiamo affermare una relativa affinità fra paradigma comunitario e modello nazionale, soprattutto perché il concetto di "*error judicial*" è frutto di elaborazione giurisprudenziale, che, così come lo ha definito fin qui, lo può rivedere in modo da adeguarlo alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso spagnolo, il vero ostacolo

⁴⁸ Tale tesi è sostenuta in primo luogo dal Commissario del Governo, secondo il quale "*même si les termes et concepts employés ne sont pas les mêmes, la condition de «violation suffisamment caractérisée» du droit communautaire prévue par l'arrêt Köbler (points 53 à 56 de l'arrêt) nous paraît compatible avec l'exigence d'une faute lourde en ce qu'elle exige que l'erreur commise soit manifeste, de telle sorte que la juridiction qui se serait livrée à une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire mettrait inévitablement une faute lourde*". Cit. da DE SALINS, *La responsabilité de l'État cit.*, Conclusions sur Conseil d'État, 18 juin 2008, M. Gestas, req. N. 295831, pag. 758. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice cit.*, pag. 44.

⁴⁹ Ricordiamo ancora una volta la contraria posizione, relativamente solitaria ma molto autorevole, di Eduardo García de Enterría, espressa in E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2007, pag. 214 e ss.

è costituito dal diritto processuale applicabile all'ipotesi di illecito per fatto del giudice⁵⁰. Ci troviamo in un caso in cui il diritto comunitario e, in particolare, il principio di effettività, inducono a riconsiderare gli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche individuali. Ad oggi, il problema non si è ancora posto, tuttavia è possibile ricordare tale situazione per sostenere come, sulla spinta del diritto comunitario, gli ordinamenti nazionali tendono a mutare anche in quegli aspetti che, di principio, rientrano nella loro sfera di autonomia. Infatti, anche nel momento in cui venisse disciplinata la via processuale necessaria ai fini della tutela delle posizioni giuridiche comunitarie, sorgerebbe spontanea la questione circa le asimmetrie che una doppia via processuale potrebbe indurre. Si tratta di una questione per ora non affrontata, ma che sicuramente si porrà in termini urgenti e che costituisce altro ambito in cui può trovare applicazione la vocazione espansiva del diritto comunitario, cui faremo ampio riferimento nella sezione conclusiva.

⁵⁰ In tema di illecito comunitario riferibile all'attività giurisdizionale si applica il procedimento previsto nell'ipotesi di "*error judicial*", disciplinata dagli artt. 292 - 293.1 della LOPJ, secondo cui l'azione di responsabilità deve essere promossa a seguito di una sentenza che accerti tale errore, normalmente a seguito di un *recurso de revisión*. Tale azione può essere esercitata solo nel caso in cui siano esaurite le vie di ricorso ordinarie (art. 293.f LOPJ). Deve essere esercitata dal danneggiato nel termine di tre mesi (a partire dal giorno successivo alla notifica della sentenza) dinanzi alla Sala del TS corrispondente all'ordine giurisdizionale cui fa riferimento l'organo cui si imputa l'errore (art. 293.1 LOPJ). Nel caso in cui l'errore sia imputato ad una Sala o Sezione del TS, la competenza sarà regolata dall'art. 61 della LOPJ. Il processo è disciplinato dalle regole di diritto comune, e sarà parte sia il Pubblico Ministero sia la Amministrazione dello Stato. Il giudice emetterà sentenza definitiva in un termine di 15 giorni. A seguito di riconoscimento giudiziale dell'errore, il danneggiato potrà promuovere ricorso amministrativo per una richiesta di risarcimento al Ministero della Giustizia, nei termini stabiliti nell'art. 293.2 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

La partecipazione degli enti locali.

Per quanto riguarda i criteri di imputazione fra Stato e autorità decentrate, la comparazione è meno agevole, perché ci troviamo di fronte a degli ordinamenti che rispondono a logiche di decentramento molto diverse l'una dall'altra.

In tutti e tre i casi, si assiste ad un accrescimento del ruolo degli enti locali nel processo di integrazione europea, da cui deriva una sempre più marcata assunzione di responsabilità, non solo politica, ma anche patrimoniale. Si tratta di un tema relativamente trascurato dalle dottrine nazionali e circondato da un alone di incertezza anche a causa dell'inattività dei legislatori nazionali, che ben poco hanno fatto per disciplinare un ambito potenzialmente interessato da aspre controversie, non solo fra soggetti pubblici e soggetti privati, ma anche fra amministrazioni operanti a diversi livelli.

La tradizionale attenzione della dottrina spagnola in tema di decentramento anche in questo caso ha prodotto una disamina più profonda circa la partecipazione degli enti locali allo spazio giuridico europeo, nella fase sia ascendente che discendente. Nelle altre esperienze considerate, invece, tale tema è stato trattato da una cerchia di autori piuttosto ristretta, anche a seguito della scarsità di pronunce disponibili a tale proposito.

Dalla disamina sin qui condotta è possibile desumere alcune indicazioni di fondo e sollevare questioni che meriterebbero di essere approfondite in una ricerca espressamente dedicata. Come abbiamo visto, il progressivo ampliamento delle competenze esecutive dei Comuni e delle collettività locali, in nome di principi quali la sussidiarietà, rischia di condurre ad un decentramento dell'imputazione che, lungi dal semplificare la tutela delle posizioni giuridiche individuali, complica l'onere di individuare il soggetto passivo. È possibile, dunque, che l'applicazione di principi che tendono ad avvicinare al cittadino il soggetto pubblico detentore di numerose competenze, in nome di un'amministrazione più prossima e, quindi, più facilmente raggiungibile, conduca ad una polverizzazione dei soggetti

imputabili; d'altro canto, una centralizzazione, condurrebbe, viceversa, a chiarire a quale soggetto si debba rivolgere il cittadino che ha sofferto una lesione nella propria sfera patrimoniale a seguito di una violazione del diritto comunitario.

Come ben sappiamo, le istituzioni comunitarie sono indifferenti rispetto al riparto interno di responsabilità; tuttavia, l'articolazione interna degli Stati appare estremamente rilevante perché può porre in serio pericolo il principio di effettività. Sarebbe auspicabile che a livello di ordinamenti nazionali fosse prevista una sorta di responsabile d'ufficio che si faccia carico del risarcimento e, in un secondo tempo, si rivolga ai soggetti concretamente autori della violazione. Del resto, un sistema di questo genere già esiste a proposito della c.d. *ad extra*, in caso di condanna ad una sanzione pecuniaria dalle istituzioni europee a causa di una condotta imputabile ad un ente locale⁵¹. In un caso di questo genere, è previsto che il soggetto che deve fare fronte alla sanzione eserciti in un secondo tempo la rivalsa; si tratterebbe di un sistema piuttosto dispendioso in termini sia di tempo che di risorse, ma assicurerebbe adeguata tutela ai soggetti privati danneggiati. Come sappiamo, tra l'altro, tale ipotesi è stata sostenuta da autorevoli esponenti della dottrina spagnola (tradizionalmente molto attenta al rapporto fra decentramento politico-amministrativo e partecipazione alle dinamiche comunitarie) ed è stata oggetto di dibattito anche in Francia, a seguito delle ultime riforme che hanno devoluto alle collettività locali e ai Dipartimenti fondamentali

⁵¹ L'ordinamento italiano prevede tale disposizione, a proposito delle sanzioni derivanti dalle procedure di infrazione, ai sensi dell'art. 6 della Legge 25 febbraio 2008, n°34.

funzioni esecutive⁵². Tale tesi, infine, è stata di recente sostenuta anche da alcuni autori italiani⁵³.

A proposito della funzione legislativa esercitata dagli enti politici decentrati, è possibile svolgere una comparazione fra l'esperienza italiana e spagnola, anche se le due esperienze, seppur lontane circa il grado di decentramento e circa gli assetti istituzionali che regolano i rapporti fra Stato centrale e Regioni da una parte e CC.AA. dall'altra, non sono particolarmente dissimili circa i meccanismi che regolano la responsabilità patrimoniale derivante da violazione del diritto comunitario. Le differenze sostanziali riguardano in primo luogo una questione culturale, derivante dal fatto che la dottrina spagnola è tradizionalmente più attenta circa il ruolo e le specificità dei soggetti pubblici autonomici e locali, mentre in Italia, nonostante il crescente interesse degli ultimi anni, le questioni relative al decentramento sono ancora patrimonio di una cerchia, sempre più estesa ma comunque limitata, di cultori⁵⁴.

Un aspetto di distinzione riguarda la possibilità di prefigurare una responsabilità in solido fra stato centrale ed enti politici periferici. Si potrà verificare un caso di questo tipo nei casi di responsabilità concorrente sia in Italia che in Spagna. Probabilmente, invece, le due esperienze si discostano nel caso di materie di competenza esclusiva, rispettivamente,

⁵² La riforma costituzionale del 28 marzo 2003 (L. n° 2003-276, 28 mars 2003: JO 29 mars 2003, pag. 5568) ha condotto ad un più accentuato decentramento ed all'estensione delle competenze locali, non solo esecutive, ma anche regolamentari, relative al funzionamento degli stessi enti territoriali. Tali soggetti hanno competenza anche in relazione ad ambiti che interessano direttamente i cittadini, quali quelli relativi alle polizie locali e a questioni urbanistiche. Inoltre, possono essere approvati regolamenti relativi al potere finanziario locale. A tal proposito, v. FAURE, *Le pouvoir réglementaire cit.*, pag. 31 e ss. Inoltre, alle collettività locali spetta l'emanazione di regolamenti attuativi di leggi nazionali: in questo modo anche gli enti locali assumono le competenze normative di cui in principio non disporrebbero. Per un approfondimento sui presupposti teorici di queste dinamiche, v. JOYAU, *De l'autonomie des Collectivités territoriales françaises cit.*, pag. 123 e ss.

⁵³ A tal proposito, cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pp. 128 - 129.

⁵⁴ Del resto, questo non stupisce se si considera che in Spagna sul rapporto, in particolare, fra CC.AA. e Stato centrale, si fondano questioni politiche e istituzionali su cui spesso si concentra il dibattito politico, e che i cittadini spagnoli sono abituati a considerare la politica locale come egualmente, se non maggiormente importante rispetto alla politica nazionale. Ovviamente, vogliamo evitare il rischio di fornire un ritratto caricaturale del decentramento spagnolo, così come del sentimento indipendentista molto diffuso in diverse CC.AA.; tuttavia, non vi è dubbio che i cittadini spagnoli siano più avvezzi all'idea che l'ordinamento spagnolo sia caratterizzato dall'interazione fra diversi livelli di governo.

delle regioni e delle CC.AA. Infatti, mentre nel primo caso, l'esistenza di un potere sostitutivo da parte dello Stato centrale responsabilizza quest'ultimo anche in caso di materie di competenza esclusiva regionale, invece, nel caso spagnolo, tale eventualità è difficilmente configurabile. Anche la Costituzione spagnola prevede tale potere (art. 155 Const. esp.), ma si tratta di una disposizione che, ad oggi, non ha mai trovato applicazione, a causa dei rigidissimi filtri e requisiti procedurali, che presuppongono una situazione istituzionale di estrema gravità⁵⁵. Inoltre, il TC è sempre stato costante nel ritenere che la partecipazione all'Unione Europea di regola non possa giustificare una modifica del tradizionale di competenza, per cui in Spagna, molto più probabilmente che in Italia, il soggetto che si rivolga nei confronti dello Stato centrale per inadempimento di un legislatore autonomico, vedrebbe rigettata la sua pretesa⁵⁶.

La questione della partecipazione degli enti locali meriterebbe una riflessione a sé stante. In questa sede, abbiamo voluto sollevare il problema, per dimostrare come la questione dell'illecito comunitario e, più in generale, quella della tutela multi-livello delle posizioni giuridiche individuali, trova nuovi spunti di indagine e investe la riflessione comparatistica di una nuova missione. Insieme al tema della responsabilità per fatto del giudice, si tratta dell'aspetto finora meno analizzato, che costituisce terreno fertile di indagine, in considerazione delle importanti prospettive sotto un profilo sia giuridico-scientifico che politico-istituzionale.

⁵⁵ In Italia, detto potere sostitutivo è previsto, in particolare, dall'art. 120 comma 2, che prevede tale potere in capo al Governo nei confronti degli organi delle Regioni (oltre che degli altri enti territoriali), tra l'altro, per il caso di "mancato rispetto" di norme della normativa comunitaria (oltre che di norme e trattati internazionali).

⁵⁶ Ciò detto, si tratta di una eventualità che difficilmente si potrebbe realizzare, perché il soggetto danneggiato non ha alcuna ragione per non rivolgersi direttamente alla *Comunidad Autónoma*, per cui, il caso prefigurato è per lo più un caso di scuola. A tal proposito, v. le sentenze del TC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 80/1993, 141/1993, 148/1998. Per una disamina in chiave critica di tali pronunce, v. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad de las Comunidades Autónomas cit.*, pp. 32 – 34.

Gli effetti dell'applicazione dell'illecito comunitario sui poteri dello Stato e sugli atti espressione della sua sovranità.

Prima di affrontare il tema della costruzione di un diritto comune della responsabilità pubblica in Europa, dedichiamo un passaggio ai principali effetti della costruzione dello spazio giuridico europeo sugli atti che tradizionalmente sono espressione della sovranità dello Stato; ci riferiamo agli atti amministrativi definitivi, agli atti normativi nazionali ed alle sentenze passate in giudicato.

Gli effetti relativi ai diversi poteri dello Stato. Stato amministratore e Stato legislatore.

Un effetto indotto dall'applicazione dell'illecito comunitario alle amministrazioni consiste nell'europeizzazione dei soggetti pubblici nazionali. Nel corso degli ultimi decenni anche le pubbliche amministrazioni, tradizionalmente molto legate a principi tipici dello statalismo giuridico e ad archetipi culturali intimamente connessi con i meccanismi politico-istituzionali di ogni Stato, sono state viepiù coinvolte nel processo di applicazione del diritto comunitario. Infatti, il principio secondo cui queste hanno il dovere di disapplicare la legge nazionale incompatibile con il diritto comunitario le rende come una sorta di "uffici di attuazione decentrata del diritto comunitario", tenute a svolgere una prima opera di raffronto fra legislazione nazionale e normazione comunitaria e a far prevalere la seconda, in caso di incompatibilità; la prima conseguenza di tale ruolo consiste nel fatto che, nel momento in cui un'amministrazione applica una disciplina nazionale incompatibile con il diritto comunitario,

potrà essere condannata al risarcimento del danno. Si tratta, evidentemente, di un riflesso del sistema policentrico, in cui l'autorità decisionale, diffusa e frammentata, stravolge le tradizionali relazioni gerarchiche fra organi e livelli di governo⁵⁷.

Le problematiche amministrative hanno in questo modo assunto una dimensione europea, il che ha favorito una crescente attenzione per la ricerca in chiave comparatistica anche in un ambito, quale il diritto amministrativo, strettamente legato all'idea della statualità del diritto. Negli ultimi anni si sono moltiplicate le opere dottrinali relative al diritto amministrativo comparato. Parallelamente, i giudici hanno dimostrato una crescente propensione ad approntare soluzioni tese alla costruzione di una piattaforma comune per fare fronte a problemi che si verificano, parallelamente, in tutti gli ordinamenti europei⁵⁸. In questo modo, i trapianti di soluzioni giuridiche nonché il dibattito dottrinale dalle dimensioni sempre più transnazionali, favoriscono la prospettiva di un superamento delle ragioni di fondo della separatezza fra i vari ordinamenti. L'infittirsi della rete di scambio di prassi imitative suggerisce non solo gli argomenti di fondo della progressiva creazione di un diritto comune europeo, ma anche una reinterpretazione in chiave europea delle strutture amministrative nazionali, in considerazione del fatto che la tradizionale dimensione statuale non appare più in grado di fare fronte al c.d. "governo delle complessità"⁵⁹.

Per il resto, i regimi di responsabilità della P.A. sono del tutto assestati nei meccanismi istituzionali dei vari ordinamenti, per cui l'applicazione del diritto comunitario è avvenuta in termini relativamente pacifici rispetto agli altri poteri dello Stato. L'anticomunitarietà diventa un ulteriore motivo di impugnazione degli atti amministrativi, il che non impone nessuna

⁵⁷ Cfr. F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione Europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 78 e ss.

⁵⁸ In questo ambito, giurisprudenza e dottrina operano congiuntamente e collaborano, non sempre volutamente, all'elaborazione di soluzioni giuridiche che arricchiscono il dibattito culturale, oltre a proiettare effetti concreti nelle pronunce, e quindi nell'evoluzione giuridico-istituzionale degli Stati membri. Si pensi agli studi dedicati alla categoria degli interessi legittimi, che sono andati di pari passo con la affermazione, da parte delle giurisprudenze nazionali, della loro risarcibilità in caso di lesione.

⁵⁹ Tali fenomeni sono stati oggetti della riflessione di Martin Shapiro; cfr. SHAPIRO, *The institutionalization of European Space cit.*

particolare difficoltà. I giudici nazionali, del resto, hanno accordato diverse volte il risarcimento in seguito alla violazione del diritto comunitario, per cui non sembra necessario soffermarsi ulteriormente su tale aspetto. Il problema, se mai, consiste nella possibilità di rivedere atti amministrativi definitivi. Si tratta di uno degli ambiti maggiormente esaminati dalla dottrina negli ultimi anni, a seguito di alcune sentenze della Corte di giustizia, annoverate fra quelle più dirompenti in tema di autorità di atti inoppugnabili espressione della sovranità statale⁶⁰. La questione riguarda, dunque, il caso di una decisione amministrativa nazionale definitiva contrastante con il diritto comunitario, a proposito del quale il giudice comunitario ha finora evitato di enunciare principi giurisprudenziali unitari suscettibili di applicazione generale.

Per quanto riguarda la responsabilità del legislatore, la situazione è molto diversa. A tal proposito, la comparazione delle esperienze svolte fin qui appare esemplare. Il caso della Spagna, in cui la responsabilità patrimoniale per attività legislativa è riconosciuta in termini relativamente pacifici, è in realtà piuttosto isolato. Infatti, nella grande maggioranza degli ordinamenti tale ipotesi non solo non è prevista, ma è espressamente negata. Si tratta delle esperienze, quale quella italiana, in cui l'illecito comunitario imputabile al legislatore ha ovviamente avuto effetti dirompenti. La dottrina italiana si è infatti molto occupata di questo aspetto nonché del fatto che tale figura induce a interrogarsi circa la possibilità di non escludere a priori la responsabilità per illecito costituzionale. Si tratta di un'eventualità che i giudici hanno finora escluso in termini categorici, e

⁶⁰ Si tratta di un tema particolarmente complesso, cui facciamo riferimento in quanto contiguo a quello della responsabilità per atti amministrativi incompatibili con il diritto comunitario; a tal proposito, le sentenze di riferimento sono: Sent. CGCE (Seconda Sezione), 29 aprile 1999, Erich Ciola c. Land Vorarlberg. Causa C-224/97. Racc. I-02517; Sent. CGCE, 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren. Causa C-453/00. Racc. I-00837; Sent. CGCE (grande sezione), 19 settembre 2006, i-21 Germany GmbH (C-392/04) e Arcor AG & Co. KG (C-422/04) c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-392/04 e C-422/04. Racc. I-08559; Sent. CGCE (grande sezione), 12 febbraio 2008, Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. Racc. I-00411. Per una rassegna di questa giurisprudenza, cfr., fra gli altri, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2008, (pp. 447 - 467), L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2008, (pp. 773 - 834); M.T. STILE, *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2008, (pp. 873 - 882).

la Corte di Cassazione, al momento di applicare l'illecito comunitario al legislatore ha preferito qualificarlo come una forma di indennizzo piuttosto che inquadarlo nella responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.. Infatti, è evidente che un aperto riconoscimento della responsabilità per attività legislativa contraria al diritto comunitario non può che condurre ad una rivalutazione della responsabilità per attività legislativa contraria alla Costituzione.

In tale quadro, la Francia costituisce un'esperienza atipica, tradizionalmente caratterizzata da un controllo di costituzionalità delle leggi esclusivamente astratto e preventivo e pertanto strutturalmente inidoneo a porre questioni connesse all'applicazione di leggi successivamente dichiarate incostituzionali. A tal proposito, ricordiamo anche che, grazie alla legge di rango costituzionale n. 2008-724, è stato introdotto anche in Francia un controllo di legittimità costituzionale delle leggi a posteriori svolto dal Consiglio Costituzionale, interpellato, in via incidentale, dalla Corte di Cassazione o dal Consiglio di Stato. Tale riforma, di particolare impatto per l'ordinamento francese, consente di immaginare che anche in Francia si possa in futuro porre il problema della responsabilità per illecito comunitario. Tuttavia, l'assoluta mancanza di sentenze a tale riguardo, non aiuta ad esprimere compiute riflessioni. E' possibile affermare, inoltre, che il regime giuridico di tale meccanismo, caratterizzato da un sistema di doppio filtro finalizzato a selezionare e a sottoporre al Consiglio Costituzionale solo i casi di "*caractère sérieux*", lascia supporre che ben difficilmente il controllo di costituzionalità delle leggi potrà decollare⁶¹.

In generale, è comunque possibile affermare che l'illecito comunitario imputabile alla funzione legislativa rientri in quel processo, di progressiva "desacralizzazione" della legge come atto formale approvato dal Parlamento nell'ambito del sistema delle fonti⁶². Infatti, non vi è alcun dubbio che un tale principio imponga una sorta di limite alla funzione legislativa, collegando al cattivo esercizio dell'attività legislativa delle

⁶¹ Cfr. FABBRINI, *Il nuovo modello cit.*, pag. 896.

⁶² A tal proposito v., fra gli altri, UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità cit.*

conseguenze in termini patrimoniali. Il che, lo ripetiamo ancora una volta, ha già cominciato a proiettare degli effetti su alcuni consolidati dogmi in seno agli ordinamenti nazionali, fra i quali rientra quello della sovranità del Parlamento.

Per cui, ci sentiamo di affermare esplicitamente ciò che talvolta è possibile desumere implicitamente dalle opere della dottrina italiana, ovvero che sarebbe del tutto ammissibile riconoscere al soggetto danneggiato in seguito all'applicazione di una legge successivamente dichiarata incostituzionale una forma di ristoro economico. E a tal proposito, poco importa che lo si qualifichi come responsabilità extracontrattuale o come obbligazione *ex lege*; ciò che muove la nostra analisi non è l'ansia di parallelismo fra le diverse funzioni dello Stato, ma il desiderio di riflettere su una logica evoluzione dello Stato di diritto. Ciò detto, non è indifferente che ci si riferisca ad un'indennità piuttosto che al risarcimento, perché l'utilizzo del primo termine presuppone un meccanismo di sostituzione e non di permeazione, il che contraddice palesemente le prospettive di interazione fra diritto comunitario e ordinamenti nazionali⁶³.

Le conseguenze dell'illecito comunitario per fatto di un organo giurisdizionale in ordine all'erosione della portata oggettiva del giudicato.

L'analisi fin qui svolta ha dato conto dell'applicazione dell'illecito comunitario anche alla funzione giurisdizionale, con tutti i problemi dogmatici sollevati, circa le prerogative del giudice e l'intangibilità del giudicato. Come sappiamo, la Corte di giustizia si è espressa per dimostrare che tali principi rimangono fondamentalmente intatti, in primo luogo perché la sentenza definitiva emessa in violazione del diritto comunitario non viene in alcun modo inficiata, né viene messo in dubbio il

⁶³ In questo modo, intendiamo rispondere all'affermazione secondo cui l'utilizzo del termine indennità anziché del concetto di risarcimento può "turbare la sensibilità dogmatica di qualche giovane o meno giovane studioso, rovinandogli qualche simmetria concettuale, ma che in nessun modo turba l'ordinamento comunitario e in particolare lo spirito di Francovich". Cit. da ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario cit.*, pag. 111.

suo valore. Semplicemente, nel caso in cui sia stata emessa a seguito di un cattivo esercizio della funzione giurisdizionale, costituirà il presupposto per un successivo risarcimento da parte dello Stato al soggetto danneggiato. Questa affermazione è supportata da argomenti assolutamente solidi, ma non c'è dubbio che una massiccia applicazione di tale principio non possa che condurre ad una rivisitazione del significato della cosa giudicata. Le opere dottrinali a tale proposito sono state numerosissime, anche perché è indubbio che la sempre maggiore pervasività del diritto comunitario conduca necessariamente ad una progressiva erosione della tradizionale nozione di cosa giudicata. A tale proposito è d'obbligo fare riferimento alla celeberrima sentenza relativa al caso Lucchini⁶⁴, in cui la Corte di giustizia, cui era stato chiesto se una sentenza di un giudice interno, passata in giudicato, possa di fatto impedire alla Commissione europea di accertare l'incompatibilità di un aiuto statale, con il conseguente ordine di recupero nei confronti dello Stato dell'aiuto illegittimamente erogato, ha affermato la cedevolezza di una sentenza passata in giudicato quando sia in contrasto con il diritto comunitario⁶⁵.

⁶⁴ La controversia sorgeva a seguito di un aiuto di Stato concesso dalle competenti autorità italiane (l'Agensud) alla società Lucchini ai fini dell'ammodernamento di alcuni impianti siderurgici per ragioni di carattere ambientale. L'aiuto fu dapprima parzialmente concesso a titolo provvisorio, in attesa del benestare della Commissione previsto dalla disciplina comunitaria. La Lucchini, nelle more del giudizio della Commissione, citò l'Agensud davanti al Tribunale di Roma, che accertò il diritto dell'attore a percepire le agevolazioni pubbliche richieste, nonostante la sopraggiunta decisione di incompatibilità di tali aiuti emessa dalle istituzioni comunitarie. La sentenza fu confermata in grado di appello, la cui pronuncia fu eseguita dal Ministero dell'Industria tramite decreto ministeriale, che la Commissione giudicò incompatibile con il diritto comunitario. Per cui, quest'ultimo ordinò la restituzione, e in ottemperanza a tale provvedimento, il Ministero dell'industria ordinò la revoca dell'aiuto; tale decreto fu oggetto di ricorso al T.A.R. del Lazio da parte della Lucchini, in considerazione dell'autorità di cosa giudicata conseguita dalla sentenza d'appello che sanciva il suo diritto all'aiuto. Il T.A.R., nel 1999, dichiarò fondato il ricorso, ma il Consiglio di Stato, adito dal Ministero dell'Industria, propose rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di risolvere il conflitto fra la decisione, ormai inappellabile, della Commissione che sanciva l'incompatibilità dell'aiuto e la sentenza della Corte d'Appello che statuiva l'obbligo, divenuto ormai definitivo, di pagare l'aiuto. Cfr. E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 193 - 219), pp. 202 - 204.

⁶⁵ Cfr. G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 1, 2008, (pp. 221 - 232), pag. 221. A tal proposito, ricordiamo la precitata sentenza Kühne & Heitze, in cui il giudice comunitario aveva affermato l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva ai fini di garantire l'equivalenza e l'effettività della tutela giurisdizionale, stante l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali esperibili dal privato e la possibilità di revisione del provvedimento

La sentenza Lucchini dimostra come una categoria che abbiamo richiamato più volte nel corso di questo lavoro debba in realtà essere rivista. Ci riferiamo al fatto che le norme incompatibili con il diritto comunitario possono esserlo incidentalmente, in singoli casi, così come l'art. 2909 c.c., che dovrebbe essere disapplicato solo nei casi in cui impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in modo illegittimo per il diritto comunitario. Vi sono, d'altra parte, fattispecie in cui la norma nazionale è contraria strutturalmente al diritto comunitario; si pensi alla l. 117/88. In tale caso, alla disapplicazione sistematica da parte dei giudici, obbligati in forza del diritto comunitario, appare fisiologico, seppur non obbligatorio sotto un profilo ordinamentale, un successivo intervento legislativo che modifichi la norma per allinearla con il diritto comunitario⁶⁶.

La soluzione applicata in Lucchini è servita alla Corte di giustizia per rispondere in modo eccezionale ad una situazione oggettivamente anomala dal punto di vista del diritto comunitario. In questo caso, se la Corte non avesse previsto uno strumento per rendere inutilizzabile l'impiego dell'eccezione di cosa giudicata, avrebbe lasciato un ampio margine per l'elusione dell'intero sistema; infatti, allo Stato membro basterebbe evitare di difendersi contro l'impresa che richiede gli aiuti per ripararsi, tramite la forza del giudicato nazionale, da qualsiasi controllo da parte delle istituzioni comunitarie.

Si tratta di una questione su cui si è acceso un aspro dibattito dottrinale, animato da chi sostiene che la soluzione offerta in Lucchini sia criticabile perché mette in crisi un principio fondamentale del diritto quale l'autorità della cosa giudicata, e chi la considera come il logico sviluppo del principio del primato del diritto comunitario⁶⁷. A qualunque posizione si aderisca, il

consentita dal diritto nazionale in casi di violazione della normativa interna; ne derivava una evidente lesione del principio dell'intangibilità del giudicato amministrativo.

⁶⁶ E' quello che è successo, ad esempio, con il paragrafo 917.2 della ZPO tedesca, relativo ai requisiti per la concessione della misura dell'*Arrest*, che violava il principio di non discriminazione fra soggetti residenti in Germania e cittadini residenti in altri paesi dell'Unione (accertata con Sent. CGCE, 10 febbraio 1994, Mund & Fester. Causa C-398/92. Racc. 1994, I-00467), che fu successivamente riformata in modo da eliminare l'incompatibilità con il diritto comunitario. Cfr. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario cit.*, pag. 1599.

⁶⁷ "... appare condivisibile la soluzione delineata dalla Corte di giustizia: impedire il recupero dell'aiuto accordato in violazione del diritto comunitario al solo scopo di preservare l'autorità di cosa giudicata, che pure costituisce un imperativo negli

significato e la portata di questa pronuncia sono indiscutibili. Senza proporre giudizi di valore, non c'è dubbio che il giudice comunitario abbia affermato che il diritto comunitario, pur non trovandosi in una posizione gerarchicamente superiore rispetto ai diritti nazionali, non trova ostacoli né di fronte ad atti amministrativi, né a leggi approvate, né, infine, a sentenze dei giudici nazionali passate in giudicato. Tale ultimo punto, che era già stato affrontato nei casi Köbler e Traghetti del Mediterraneo, viene ripreso ed applicato nella sentenza Lucchini, in cui il giudice comunitario stabilisce che le autorità nazionali non possono sottrarsi all'obbligo di recuperare gli aiuti di Stato concessi ad un'impresa anche se sulla base di una sentenza definitiva, nel caso siano dichiarati illegittimi dalla Commissione europea. Non si tratta di un caso di risarcimento, ma di recupero di un aiuto erogato in contrasto con il diritto comunitario⁶⁸; il suo significato, tuttavia, è fondamentale anche ai nostri fini, perché dimostra chiaramente il desiderio, da parte del giudice comunitario, di dare prevalenza al diritto comunitario anche nel caso di un provvedimento giurisdizionale definitivo di carattere giurisdizionale, e pertanto di sottrarre allo Stato una parte della sua sovranità, ai fini della costruzione di una *governance* multilivello anche a costo di stravolgere principi giuridici assestati⁶⁹. Questa presa di posizione ha prodotto effetti anche sulle dottrine nazionali, che

ordinamenti giuridici degli Stati membri, avrebbe leso i poteri della Commissione incidendo in modo accentuato sulla ripartizione di competenze fra l'ordinamento nazionale e quello comunitario". Cit. da FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini cit.*, pag. 211. Tale soluzione è stata ampiamente criticata da diversi autori, non senza fondamento. Tuttavia, se la Corte di giustizia si fosse espressa nel senso di far prevalere la cosa giudicata sul diritto comunitario, avrebbe non solo sostanzialmente vanificato la funzione di controllo della Commissione europea, ma anche attribuito agli organi giurisdizionali nazionali il potere di pronunciarsi, seppur indirettamente nel senso di precludere la rilevanza della compatibilità comunitaria dell'aiuto, che spetta, appunto, alla Commissione. Cfr. C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere Giuridico*, 9, 2007, (pp. 1189 – 1192), pag. 1191.

⁶⁸ La differenza rispetto a sentenze quali Köbler e Kühne & Heitz risiede, inoltre, nel fatto che, mentre in queste seconde si affrontava il tema della tutela dei diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario e pregiudicati dalla sentenza o atto nazionale definitivo, nel caso Lucchini si tratta di una violazione del diritto comunitario che investe direttamente il riparto di competenze delinquente dal Trattato e coinvolge il rapporto istituzionale tra Stato e Comunità. Cfr. V. NUCERA, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 6, 2008, (pp. 161 – 179), pag. 164.

⁶⁹ Cfr. G. PETRILLO, *Il "Caso Lucchini": il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2008, (pp. 425 – 433), pp. 431 – 432.

suggeriscono interventi legislativi, in modo da considerare la violazione del diritto comunitario come una specifica ipotesi di impugnazione⁷⁰.

Vi è chi ha concluso come la massima secondo cui “*res iudicata facit ius*” si stia capovolgendo in quella, meno rassicurante, di “*res iudicata facit iniuria*”, il che non può che avere importanti ripercussioni anche a livello di regimi nazionali di responsabilità per fatto del giudice⁷¹. Tale affermazione è condivisibile nel senso che, nonostante la rassicurazione del giudice comunitario, la certezza del giudicato nazionale, in un sistema in cui i giudici sovranazionali vedono progressivamente aumentare la propria sfera di competenza, non può che essere radicalmente rivista⁷². I casi finora verificatisi, Lucchini su tutti, dimostrano che si tratta di un processo già iniziato, che per ora coinvolge ambiti del tutto eccezionali e si verifica episodicamente, ma che in futuro si riproporrà sempre più di frequente. In questo quadro l’illecito comunitario svolge un duplice ruolo: da un lato intacca l’autorità del giudicato, perché ne altera le conseguenze in termini patrimoniali; dall’altro, avvia un processo di rivisitazione delle discipline nazionali nel senso di una apertura ad un sistema di maggiori garanzie per la tutela delle posizioni individuali e, quindi, foriera di maggiori elementi di pericolo per il dogma, considerato del tutto intangibile fino a pochi anni or sono, dell’autorità della cosa giudicata.

⁷⁰ In Italia, vi è chi sostiene che, se si includesse fra i motivi di revocazione o di revisione previsti dai codici di rito anche quello del giudicato contrario al diritto comunitario, “si eviterebbero scontri frontali fra i due ordinamenti, potendo la rimozione del giudicato interno, contrastante con il diritto comunitario, avvenire in virtù di un meccanismo contemplato dall’ordinamento dello stesso Stato membro, che consentirebbe, almeno in talune evenienze, di accorciare i tempi della giustizia”. Cit. da M.T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 4, 2007, (pp. 733 - 741), pag. 741. V. anche C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008, (pp. 225 – 238); l’autore ha affermato che solo la revocazione straordinaria permette di giungere ad un accettabile equilibrio fra le diverse esigenze; sarebbe quindi opportuna una previsione, da parte del legislatore, di un motivo di revocazione straordinaria esperibile sia dalle parti sia dal pubblico ministero. Dovrebbe anche essere previsto un termine sufficiente decorrente, per il p.m. dal momento in cui la Commissione venga a conoscenza del giudicato che contrasti con una decisione vincolante della stesso, e per le parti dalla notizia della incompatibile decisione della Commissione, sia questa o meno successiva alla chiusura del procedimento. pp. 237 – 238.

⁷¹ Cfr. F. SORRENTINO, *L’incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico*, in A. TIZZANO, *Il processo d’integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 55 – 65), pag. 61.

⁷² A tale fenomeno è dedicato D. NASSIMPIAN, ... *And we keep on meeting: (de-)fragmenting state liability*, in *European Law Review*, 32, 6, 2007, (pp. 819-838).

Le prospettive circa l'uniformazione del diritto della responsabilità pubblica in Europa e gli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche individuali.

L'uniformazione del diritto della responsabilità pubblica in Europa.

In conclusione, non resta che riflettere circa le prospettive del processo di unificazione che la giurisprudenza del giudice comunitario ha messo in moto. Queste prospettive di uniformazione interessano diversi livelli. In primo luogo, riguardano la responsabilità dei pubblici poteri a livello nazionale. A tal proposito, nel corso della trattazione abbiamo di volta in volta messo in luce i diversi elementi che, sotto l'impulso della giurisprudenza comunitaria, hanno subito delle mutazioni, grazie ad un'interpretazione, da parte dei giudici nazionali, ai fini dell'armonizzazione del livello comunitario e del diritto interno. Un secondo aspetto è quello dell'uniformazione della disciplina della responsabilità degli Stati con la responsabilità delle istituzioni comunitarie⁷³. Il tema è stato trattato nel secondo capitolo, in cui si è sottolineato come i requisiti della fattispecie di illecito statale siano più facili da soddisfare rispetto a quelli propri della responsabilità comunitaria, il che incide negativamente sul processo di integrazione europea.

Prima di concentrarci sulla duplice direzione di questo processo, è in primo luogo necessario soffermarsi sulla sussistenza, a livello comunitario, di un assetto di regole, ordinato e coerente, anche se privo di unitarietà, in considerazione delle diverse istituzioni cui la responsabilità può essere imputata. Come abbiamo visto nel corso della trattazione, è possibile distinguere una forma di armonizzazione obbligatoria, conseguenza dei principi di effettività del diritto comunitario e di equivalenza dei rimedi

⁷³ Il tema è trattato in N. PECCHIOLO, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 6, f. 2-3, 2001, (pp. 351 – 380).

giuridici nazionali rispetto alla disciplina prevista a livello sovranazionale. Ci riferiamo a tutti quegli elementi che devono necessariamente convergere in conseguenza del dovere, da parte delle istituzioni nazionali, di rispetto e applicazione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il secondo è un processo indotto, ma non obbligatorio, in forza del quale le istituzioni nazionali, pur virtualmente autonome nella disciplina relativa alle posizioni giuridiche di diritto interno, recepiscono il modello comunitario per questioni, talvolta, di mera opportunità. Si pensi al caso emblematico del riconoscimento, in Italia, della risarcibilità degli interessi legittimi, conseguenza dell'effetto di armonizzazione dei diritti nazionali nella direzione di uno *jus commune* della responsabilità della Pubblica Amministrazione⁷⁴.

Si tratta di un fenomeno che interessa il diritto nel suo complesso. Nel nostro caso, tuttavia, assistiamo ad un meccanismo di reciproca integrazione e imitazione dei modelli nazionali rispetto al paradigma comunitario, nel senso che, ad una fase in cui il modello comunitario di responsabilità pubblica è stato elaborato prendendo a modello caratteri specifici di alcuni regimi nazionali (quelli francese e tedesco su tutti), è seguita una fase, che in questi anni è entrata nel vivo, di ritorno, ovvero di evoluzione dei paradigmi nazionali sotto la spinta del diritto comunitario. Si tratta del fenomeno di *cross fertilisation* che si è approfondito nel primo capitolo. In questa sede, non resta che svolgere alcune riflessioni circa la portata di questo fenomeno e circa le prospettive di un processo di questo genere.

A tal proposito, non c'è dubbio che il fattore che aumenta le potenzialità di questo fenomeno risiede nella logica di permeazione, piuttosto che di

⁷⁴ Cfr. M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3, 2009, (pp. 505 – 536), pag. 533. L'autore segnala che sotto l'impulso del diritto comunitario sono state approvate recenti riforme della normativa sostanziale e processuale, quali l'integrazione alla legge sul procedimento amministrativo (n. 15/2005), nella parte riferita all'esplicita valenza nazionale dei principi generali del diritto comunitario; il codice dei contratti pubblici, sotto molteplici profili, ad iniziare da "i Principi" (art. 2); la legge n° 205/2000 nella parte in cui (art. 7) prevede che i soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o forniture o delle relative norme interne di recepimento, possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno.

sostituzione, del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale. Questa considerazione diventerà più chiara ricorrendo ad un esempio. Come sappiamo, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, nel momento in cui si verificano i relativi presupposti, è dovuto il risarcimento del danno a seguito di illecito comunitario derivante da attività giurisdizionale. Il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, per cui, nel momento in cui un soggetto agisce per tutelare una propria posizione giuridica fondata sul diritto comunitario, godrà delle garanzie previste dalla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Lo stesso soggetto che intenda tutelare una propria posizione giuridica fondata sul diritto nazionale, non potrà che esercitare le garanzie che lo stesso ordinamento nazionale prevede nel suo caso. Nel primo caso, dunque, se la disciplina nazionale risulta meno favorevole rispetto al diritto comunitario, il giudice (nazionale) dovrà disapplicare la prima e applicare il secondo. Nel secondo caso, invece, applicherà la disciplina nazionale, perchè chiamato a pronunciarsi su una questione di diritto interno, che, pertanto, non rientra nel controllo della Corte di giustizia. Uno schema di questo genere, dal punto di vista ordinamentale, è totalmente plausibile e corretto. Tuttavia, se si considerano le dinamiche comunitarie secondo schemi di permeazione, piuttosto che di sostituzione, si tratta di una soluzione non certo soddisfacente. Per cui, anche in assenza di interventi legislativi, gli stessi giudici nazionali saranno presto o tardi portati ad interpretare, presumibilmente sotto la spinta della dottrina, la disciplina nazionale secondo i principi del diritto comunitario. Infatti, un qualsiasi giudice nazionale, consapevole del proprio ruolo di giudice decentrato dell'ordinamento comunitario, anche senza l'impulso del legislatore o di un giudice costituzionale, è necessariamente condotto a interrogarsi sulle sostanziali asimmetrie che un tale modello implica, e a giudicare di conseguenza⁷⁵. Il principio di uguaglianza e non discriminazione, che si

⁷⁵ Per esempio, nel caso italiano, parte della dottrina ha suggerito una modifica della legge o, in alternativa, la possibilità che la Corte Costituzionale emetta una pronuncia di incostituzionalità, ritenendo ingiustificatamente discriminatoria la differenziazione della tutela per cattivo esercizio di attività legislativa, a seconda che la violazione interessi il diritto interno o il diritto comunitario. Nelle altre esperienze, tale intervento non è necessario perché in Francia e in Spagna sono vigenti discipline relative alla

traduce nella tendenza a dare analoghe soluzioni a casi analoghi, opera anche senza l'impulso dei giudici costituzionali⁷⁶. Per cui, i margini di applicazione dei presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia sono sicuramente molto più ampi rispetto al tradizionale campo di applicazione del diritto comunitario.

In un ordinamento quale quello comunitario, in cui il diritto legittima l'autorità, e non viceversa, l'interprete svolge un ruolo preminente⁷⁷. In questo quadro, non stupisce che l'integrazione europea progredisca grazie all'opera dei giudici piuttosto che in forza di interventi legislativi. Spesso, infatti, l'omogeneizzazione delle discipline nazionali avviene senza specifici interventi legislativi, e, anche lasciando inalterata la

responsabilità derivante dalla funzione giurisdizionale compatibili, anche se piuttosto restrittive, con il diritto comunitario.

⁷⁶ In relazione alla situazione italiana, diversi autori hanno sostenuto che si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale della legge 117/88 nella misura in cui riserva un grado di giustiziabilità inferiore al danneggiato che fa valere un fatto generatore esclusivamente basato sul diritto interno, rispetto al danneggiato che fa invece valere un fatto generatore basato sul diritto comunitario. Tale disciplina sarebbe dubbiamente compatibile con gli artt. 3 e 24 Cost. It., sotto il profilo della pienezza dei diritti di difesa e di azione. Per un contributo particolarmente recente, cfr. M. FRIGO, R.A. JACCHIA, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2008, (pp. 643 - 680), pp. 657 - 658.

⁷⁷ Secondo una definizione fornita in un recentissimo intervento di Enrico Scoditti, lo strumento dell'interpretazione conforme fa sì che il giudice nazionale diventi "giudice tessitore": "È colui che tesse la rete normativa, che ne sonda le giunture, che articola normativa interna e disposizione comunitaria, consapevole che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria. In questo quadro il concetto di interpretazione adeguatrice acquista un significato diverso da quello concernente il rapporto fra norma e costituzione nell'ordinamento interno. Mentre in quest'ultimo caso mira a salvaguardare l'unità e coerenza dell'ordinamento, tant'è che il dubbio di costituzionalità non viene neanche in rilievo (e la relativa questione è inammissibile) se la norma, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, è conforme a costituzione, nel caso dell'ordinamento integrato l'interpretazione adeguatrice è la chiave che consente di interconnettere disciplina interna e disposizione comunitaria, di stabilire quello che abbiamo definito il nodo normativo. Se sul piano dell'ordinamento interno l'esigenza dell'interpretazione adeguatrice sorge solo nel caso in cui si debba prevenire un dubbio di costituzionalità, nell'ambiente dell'ordinamento integrato rappresenta la fisiologia, nel senso che la norma, essendo la risultante dell'intreccio di due discipline, va sempre interpretata quale crocevia comunitario - nazionale. L'interpretazione conforme sancisce il carattere unitario della disciplina integrata, comunitaria - nazionale. Si spiega così perché, su sollecitazione della corte comunitaria, il canone dell'interpretazione adeguatrice vada sempre più allargando il proprio raggio". Cit. da E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale, Incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali"*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 22-24 giugno 2009, pag. 6. Cfr. anche V. COLCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2009, (pp. 557 - 585); RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettiva cit.*

legislazione nazionale, il giudice, attraverso l'interpretazione conforme, l'applicazione in senso orizzontale e la disapplicazione della legislazione incompatibile, diventa il reale protagonista e propulsore del processo di omogeneizzazione⁷⁸.

Al tempo stesso, lo spazio giuridico comune in cui i giudici nazionali sono chiamati a operare, non condurrà solo ad una applicazione del diritto dall'alto del livello comunitario al basso degli ordinamenti nazionali; infatti si assiste, già da tempo, ad un movimento orizzontale, di comunicazione fra modelli nazionali, e di circolazione delle esperienze giuridiche che hanno dimostrato maggiore funzionalità, "tanto sotto il profilo istituzionale del livello di intervento dei poteri pubblici quanto sotto il profilo della loro effettività e della loro sostenibilità dogmatica"⁷⁹. Anche in questo quadro, il ruolo del giurista comparatista trova evidentemente un nuovo spazio e una rinnovata importanza, nello scambio di tipo culturale e nel dialogo fra modelli.

A tale proposito, la dottrina svolge un ruolo essenziale. In Italia, le sensibili asimmetrie che intercorrono fra paradigmi circa le conseguenze patrimoniali dell'attività legislativa e giurisdizionale sono oggetto di attenzione da parte di molti autori, che hanno un ruolo centrale nella stessa creazione del diritto⁸⁰. Gli sforzi, a tal proposito, si sono moltiplicati, ed è probabile che presto o tardi tali proposte verranno recepite dalla

⁷⁸ Inoltre, aderiamo alla tesi secondo cui la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario "*should not be seen in isolation, but must be viewed as part of the web of remedies available to aggrieved parties both in national courts and before the two Community courts*". Cit. da P. OLIVER, *State Liability in Damages following Factortame III*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 49 - 61), pag. 61. Per una riflessione circa i reciproci rapporti fra effetto diretto, interpretazione conforme e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, v. PRECHAL, *Directives in EC law cit.*, pp. 311 - 315. Per un contributo completo, seppur risalente, cfr. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques cit.*

⁷⁹ Cit. da F. MANGANARO, *Brevi osservazioni sulla omogeneizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, in G. FALCON, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, (pp. 271 - 290), pag. 282.

⁸⁰ Ricordiamo che Walter Van Gerven individua i tre fattori propulsivi della creazione di un diritto comune europeo della responsabilità extracontrattuale nella Comunità Europea, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e nella comparazione giuridica: "*Today one rationale of comparative law has become an instrument, in the area of tort law as in others, to prepare legislation and to enforce it, through remedies before domestic courts, in a sufficiently uniform manner in all of the Member States*". Cit. da W. VAN GERVEN, *The emergence of a Common European law in the area of tort law: the EU contribution*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS e J. BELL, *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, BIICL, London, 2002, (pp. 125 - 147), pag. 125.

giurisprudenza, confermando una dinamica dalle origini antiche. A tal proposito, sottolineiamo che l'interazione fra lavoro dottrinale ed evoluzione degli ordinamenti si dimostra in termini particolarmente evidenti⁸¹. Infatti, la contaminazione fra i vari orientamenti culturali influisce, quanto meno indirettamente, sull'evoluzione dei singoli ordinamenti giuridici nel senso di una omogeneizzazione orientata dal diritto comunitario. Tale obiettivo non riguarda tanto la responsabilità della P.A., che è ormai del tutto assestata; il problema delle c.d. asimmetrie interne di disciplina a seconda della natura della posizione giuridica violata riguarda, piuttosto, la condotta degli organi la cui autonomia è tradizionalmente garantita. Pensiamo, ovviamente, agli organi titolari della funzione legislativa e giurisdizionale. In particolare, come abbiamo visto, la sfida, che caratterizza il tema degli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive nel loro complesso, riguarda soprattutto le divergenze fra le rispettive discipline processuali perché i requisiti sostanziali, a tal proposito, non differiscono sensibilmente.

Gli ambiti in cui tale uniformazione può agire sono di natura sia sostanziale che processuale.

Profili di diritto sostanziale.

Per quanto riguarda gli elementi di natura sostanziale, abbiamo già ricordato il percorso di avvicinamento delle discipline nazionali in tema di elemento soggettivo. Si tratta, effettivamente, dell'unico ambito che realmente costituisce elemento di distinzione dei diversi regimi nazionali, e sotto questo profilo non c'è dubbio che sia in corso, anche grazie all'impulso del diritto comunitario, una forma di approssimazione.

A proposito del nesso di causalità, rinviamo alle numerose opere dottrinali in materia⁸². Ai nostri fini è però necessario svolgere alcune specifiche

⁸¹ Cfr. E. CANNIZZARO, *Il contributo della dottrina italiana all'evoluzione del diritto dell'integrazione europea*, in A. TIZZANO, *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 31 – 52), pag. 51.

⁸² Oltre alla dottrina segnalata a tal proposito nei precedenti capitoli, cfr. i riferimenti bibliografici in C. VON BAR, *The common European law of torts. Damage and damages*,

riflessioni circa l'applicazione del diritto comunitario. Lo studio delle sentenze nazionali ci ha permesso di confrontarci più volte con questioni relative all'interruzione del nesso causale. Si pensi, soprattutto, ai casi in cui la consequenzialità causale fra il comportamento censurato e il danno subito viene alterata dall'intervento di soggetti diversi rispetto al convenuto. A tal proposito, ci riferiamo in particolare a due ipotesi. La prima consiste nella possibilità che il danno derivi dalla condotta di un soggetto privato per applicazione di una legislazione nazionale incompatibile con il diritto comunitario. In un caso di questo genere, è lecito chiedersi se l'autore del danno sia il soggetto privato oppure lo Stato nella sua funzione legislativa. A tal proposito la discrezionalità del giudice è particolarmente ampia; infatti, nel caso in cui il danneggiato si rivolga solo nei confronti del secondo e non del primo, il giudice potrà senz'altro considerare tale condotta ai fini di una diminuzione, totale o parziale, del computo della somma a titolo di risarcimento⁸³. Vi è chi, non senza validi argomenti, ipotizza la possibilità di estendere il principio della responsabilità per violazione del diritto comunitario anche ai rapporti interprivati, nel caso in cui la violazione (grave e manifesta) del diritto comunitario attributivo di diritti sia imputabile ad un soggetto privato⁸⁴.

liability for and without personal misconduct, causality, and defences, vol. II, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 433 – 497.

⁸³ La questione dell'eventuale rottura del nesso causale per l'intervento di terzi soggetti è stata dibattuta nella controversia risolta dalla *Audiencia Nacional* del 7 maggio 2002. Nel caso di specie, come noto, l'Avvocato di Stato aveva sostenuto che il danno sofferto dai ricorrenti era conseguenza non solo della violazione imputabile allo Stato, ma anche del comportamento degli offerenti, che si erano rifiutati di rescindere i contratti e di restituire le somme versate in acconto, e aveva quindi affermato che il risarcimento a carico dello Stato avrebbe dovuto ammontare a non più del 50% delle somme richieste. Il giudice ha applicato un orientamento particolarmente favorevole agli attori, non considerando che la mancata azione, da parte dei danneggiati, nei confronti dei primi responsabili di tale danno, ovvero i venditori dei diritti di multiproprietà, conducesse ad un'attenuazione del nesso di causalità.

⁸⁴ Cfr. COLCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali cit.*, pag. 571 e ss. Si tratta di un tema in relazione al quale gli interrogativi irrisolti sono ancora parecchi. In un'ipotesi in cui è possibile ravvedere una violazione del diritto comunitario imputabile sia allo Stato che ad un privato, vi è chi sostiene che il danneggiato farebbe meglio ad esercitare due azioni separate: *"This is because the action against the state is premised on the claimant having suffered loss, and the claimant may not be able to prove this unless she has failed to have the obligations from the Directive imposed on the private defendant through indirect effect or one of the other mechanisms described above. It follows, secondly, that the private defendant will still have to go through all the calculations discussed above even if, at the end of the day, the national court decides that it is, for example, unable to interpret national law to be in conformity with the Directive, and therefore that the only*

Questa ipotesi si collega alla seconda cui vogliamo fare cenno, ovvero quella consistente in una rottura del nesso causale derivante dal comportamento dello stesso soggetto danneggiato. Anche a tale proposito, abbiamo constatato orientamenti giurisprudenziali contrastanti e discutibili, in particolare in considerazione della responsabilità dello Stato per atti amministrativi contrari al diritto comunitario. Ci riferiamo alla possibilità che il soggetto danneggiato agisca per l'ottenimento del risarcimento senza aver preventivamente impugnato l'atto in questione. A tal proposito, abbiamo visto che gli ordinamenti considerati sono caratterizzati da orientamenti dissimili, che sono destinati a perdurare, a seguito dell'affermazione, da parte della Corte di giustizia, secondo cui saranno gli ordinamenti nazionali a disciplinare i casi di eventuale mancato e tempestivo esperimento delle vie di ricorso interno⁸⁵. In Francia, l'azione di risarcimento è indipendente rispetto all'azione di impugnazione, per cui un soggetto può esperire l'azione di responsabilità anche senza aver preventivamente lamentato l'anticomunitarietà dell'atto in sede di ricorso amministrativo. In Italia, come noto, vi è una netta distinzione di orientamento circa la pregiudizialità dell'impugnazione, fra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione⁸⁶. In Spagna, è attualmente in corso un aspro dibattito, la cui questione fondamentale è al vaglio della Corte di giustizia. Infatti, il *Tribunal Supremo* è stato chiamato a

recourse for the claimant is an action against the state in damage". Cit. da P. CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European Law Review*, 34, 3, June 2009, (pp. 349 - 377), pag. 376. Parallelamente, è in corso il dibattito relativo all'effetto diretto orizzontale delle direttive in ipotesi, come queste, in cui sono coinvolti rapporti interprivati. Cfr., fra gli altri, BECKER, *The Direct Effect of European Directives – Towards the Final Act? cit.*, pag. 417 e ss; W. VAN GERVEN, *The Horizontal Effect of Directives Provisions Revisited: The Reality of Catchwords*, in D. CURTIN e T. HEUKELS, *Institutional dynamics of European Integration*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, (pp. 335 - 353).

⁸⁵ A tal proposito, rinviando a quanto affermato in sede di commento alla sentenza *Danske Slagterier* (Sent. CGCE (grande sezione), 24 marzo 2009, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*. Causa C-445/06. Racc. 2009).

⁸⁶ La Cassazione (Cass. SS.UU., ordinanze n° 13659, 13660, 13991/2006 e Cass. SS.UU., 500/99) ha precisato che la parte può chiedere il risarcimento anche senza dover osservare il termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione di annullamento (ma, in senso opposto, v. Cass. 27 marzo 2003, n° 4538, in *Foro It.* 2003, I, 2073). Il giudice amministrativo, viceversa, continua ad applicare la regola secondo cui è esclusa la possibilità di conoscere delle pretese risarcitorie in assenza di tempestiva impugnazione dell'atto (Cons. Stato, sez. V, sent. N. 5063/2006; Cons. Stato, sez. IV, sent. N. 2136/2007). Per una completa disamina della questione, v. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano cit.*, in particolare il Capitolo 2, "Il giudice del risarcimento ed i rapporti tra azione risarcitoria ed azione di annullamento", pp. 35 – 90.

pronunciarsi circa l'equivalenza delle figure dell'illecito comunitario e dell'illecito costituzionale. A tal proposito, il giudice spagnolo di ultimo grado ha affermato che si tratta di figure di natura distinta e ha fatto derivare da tale presunta ontologica diversità importanti distinzioni circa il relativo regime giuridico. Secondo il giudice, infatti, nel caso di danno patrimoniale derivante da atto amministrativo di applicazione di una legge successivamente dichiarata incostituzionale, il soggetto danneggiato potrà richiedere il risarcimento del danno allo Stato per cattivo esercizio di attività legislativa. Invece, nel caso di atto applicativo di legge anticomunitaria, il soggetto non può ottenere il risarcimento senza una previa impugnazione per violazione del diritto comunitario. I termini di tale dibattito sono stati spiegati nel dettaglio nella sezione dedicata alla responsabilità del legislatore in Spagna; in questa sede, facciamo riferimento a tale questione per dimostrare quanto ampia sia la discrezionalità dei giudici nazionali e, pertanto, quanto sia ampio il rischio di asimmetrie in ordine alla tutela di speculari posizioni giuridiche nei diversi ordinamenti europei.

Profili di diritto processuale.

Per quanto riguarda l'uniformazione del diritto processuale, ricordiamo ancora una volta che trova applicazione il principio di autonomia degli Stati membri, per cui verranno applicati i regimi nazionali, in quanto compatibili con il principio di effettività del diritto comunitario. Inoltre, il giudice comunitario si è di volta in volta pronunciato circa la compatibilità con tale principio di singoli aspetti delle discipline nazionali, in risposta ai quesiti pregiudiziali posti dai giudici nazionali ai fini della soluzione di casi concreti. A tal proposito, possiamo ricordare le diverse pronunce del giudice comunitario circa la compatibilità dei termini previsti dagli ordinamenti nazionali per l'esercizio dell'azione⁸⁷. A tale riguardo, da più parti è stato sottolineato che l'imposizione dei principi di equivalenza ed

⁸⁷ A tal proposito, v. la sezione specificamente dedicata alla questione dei termini per l'esercizio dell'azione, e della determinazione del *dies a quo*.

effettività ha un effetto uniformante rispetto ai diritti processuali nazionali. Per cui, anche se la legislazione processuale continua ad essere un settore riservato alla sovranità statale, “i principi generali di diritto comunitario come il principio di leale cooperazione ed i suoi corollari dell’effettività e l’equivalenza della tutela giurisdizionale hanno una capacità di influenzare gli ordinamenti processuali nazionali anche al di là degli obblighi di conformità al diritto comunitario positivamente imposti dai Trattati comunitari”⁸⁸.

Fino ad ora sono state approvate alcune direttive di contenuto processuale; tuttavia, si tratta di casi isolati relativi a settori piuttosto limitati⁸⁹. Anche a tal proposito, sono allo studio progetti di più ampia uniformazione del processo civile, tuttavia, aderendo ad una posizione sostenuta da ampi settori dottrinali, riteniamo che la prospettiva di giungere ad un processo comune per l’Europa, a seguito dell’approvazione di una direttiva di portata generale, equivalente ad un codice nazionale di procedura, sia non solo difficile da ottenere da un punto di vista istituzionale ma, prima ancora, quanto mai inopportuno⁹⁰. Le ragioni sono riconducibili non solo al fatto che vi sono ordinamenti sprovvisti di un codice di procedura ma, soprattutto, alle differenze intercorrenti fra i diversi regimi nazionali, e che interessano anche gli ordinamenti al loro interno⁹¹. La ragione fondamentale, tuttavia, è un’altra. Non sembra che un codice possa rispondere adeguatamente alle criticità connesse al sistema plurilivello quale si configura lo spazio giuridico europeo; al contempo, uno strumento di tale genere, bandiera dello statalismo giuridico ottocentesco, non sembra idoneo a contemperare le

⁸⁸ Cit. da LOMBARDO, *Il principio di leale collaborazione e l’armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia cit.*, pag. 492.

⁸⁹ Quella approvata più di recente è la direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici, in *Gazzetta Ufficiale* n° L 335 del 20/12/2007, pag. 0031 – 0046. A proposito della capacità espansiva dei principi di diritto comunitario anche in ambito di processuale, con riferimento a tale direttiva, cfr. CHITI, *La responsabilità dell’amministrazione nel diritto comunitario cit.*, pag. 534.

⁹⁰ Cfr. CHITI, *Diritto amministrativo europeo cit.*, pag. 697.

⁹¹ Ci riferiamo alle importanti diversità di disciplina fra diritto civile e diritto amministrativo, e all’eterogeneità dei modelli di organizzazione giudiziaria, che rendono estremamente difficile la prospettiva di una qualche forma di organizzazione sistematica

esigenze di integrazione con quelle di rispetto delle specificità degli ordinamenti giuridici nazionali. Non è necessario giungere ad un'unica procedura uguale per tutti gli ordinamenti europei. Questa non è altro che una tentazione legata ai vecchi meccanismi tipici di uno schema a piramide, ovvero un'impostazione opposta rispetto alla comunità di diritto cui gli Stati europei sono chiamati a partecipare.

In questo quadro, progetti quali *l'acquis communautaire* e l'elaborazione di principi generali comuni sembrano rispondere molto meglio alle sfide del nuovo diritto europeo, tanto che negli ultimi anni si è assistito all'elaborazione di principi generali della responsabilità extracontrattuale; si pensi alla recente pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference* (nel 2008) che contiene definizioni e regole-modello anche in materia di responsabilità aquiliana⁹². E' pertanto auspicabile, oltre che più facilmente realizzabile, il rafforzamento di uno *jus commune* che limiti, ma non elimini, i campi degli *jura propria*⁹³. È ciò che si sta verificando con l'applicazione dei requisiti imposti dalla Corte di giustizia; ad oggi, tali presupposti costituiscono il *jus commune*, che mira a costituire in tutto il territorio comunitario un livello minimo uniforme di protezione di situazioni soggettive, ma il cui traguardo non consiste nella totale uniformazione degli ordinamenti nazionali: "...nessuna sicurezza o garanzia vi è che un

⁹² A tal proposito, ricordiamo analoghe iniziative relative ad altri ambiti giuridici. Ci riferiamo all'attività dello *European Research Group on Existing EC Private Law* o, più brevemente, *Acquis Group*, che a partire dal 2002 ha elaborato i Principi di diritto comunitario in materia di contratto, ai fini della preparazione di un quadro comune di riferimento, concepito come uno strumentario o una guida che gli organi comunitari avrebbero potuto utilizzare nella revisione del diritto in vigore, o per la preparazione di nuovi testi normativi riguardanti il diritto dei contratti. Cfr. G. AJANI, S. FERRERI e M. GRAZIADEI, *Introduzione ai principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2009, (pp. 271 – 278), pag. 271. Per una versione definitiva del Compendium relativo al diritto del consumo, frutto dell'opera dell'*Acquis Group*, cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, European law publisher, Sellier, Munich, 2008. In tema di principi generale, è d'obbligo ricordare la *Commission of European Contract Law*, comunemente conosciuta come Commissione Lando, che per prima ha lavorato all'elaborazione di principi generali in modo da perseguire un'uniformità e armonizzazione del diritto applicabile ai contratti e agli scambi commerciali intraeuropei. Cfr. G. LUCHETTI, PETRUCCI A., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo*, Patron Editore, Bologna, 2006, pag. 15. Lo stesso approccio potrebbe interessare il campo della responsabilità pubblica e potrebbe condurre all'elaborazione di principi fondamentali, di definizioni e di regole modello, tali da sorreggere lo sforzo legislativo della Comunità.

⁹³ Cfr. R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, (pp. 1031 – 1065), pag. 1064.

siffatto traguardo possa escludere disuguaglianze di trattamento, giacché, come sopra detto, queste possono comunque derivare dalle scelte di legislatori particolarmente sensibili alle ragioni di danno, oltretutto, naturalmente, da quell'insopprimibile nucleo di soggettivismo del processo ermeneutico in base al quale ogni giudice – ed in prima linea quello nazionale – dà applicazione alle norme giuridiche⁹⁴.

E' pertanto necessario valorizzare, e non soffocare, i meccanismi di interazione fra ordinamenti nazionali e fra il livello nazionale e il livello europeo; la sfida, che interessa il diritto comunitario nel suo complesso, consiste, infatti, non nell'imporre un nuovo livello di legalità in ossequio alla figura kelseniana della piramide, ma nell'opera di rafforzamento e di sviluppo della rete, attraverso lo stimolo di meccanismi di collaborazione fra giudici, di convergenza fra ordinamenti e di armonizzazione culturale⁹⁵. In questo quadro, il ruolo del legislatore diminuisce, e aumenta l'importanza del giudice da un lato e della dottrina dall'altro. In particolare, gli studi comparatistici assumono una rinnovata importanza nella preparazione di concetti condivisi e principi generali, nella misurazione delle asimmetrie fra applicazioni, e nella critica circa le ragioni che conducono giudici appartenenti a diversi ordinamenti a risolvere situazioni analoghe in maniera divergente, nonché circa l'impatto del nuovo diritto uniforme su stile e mentalità caratterizzanti le diverse culture giuridiche nazionali⁹⁶. E' la conferma che la *cross fertilisation* che abbiamo affrontato nel primo capitolo opera sia a livello formale, ovvero a livello di legislatori e giudici i cui rapporti sono regolati dall'ordinamento, sia a livello informale, ovvero grazie all'opera della dottrina e al dialogo fra giudici, i cui effetti riguardano ambiti giuridici anche piuttosto lontani rispetto alla sfera di

⁹⁴ Cit. da PECCHIOLI, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme cit.*, pag. 364.

⁹⁵ Si tratta, in ogni caso, di una prospettiva ambiziosa e dall'esito incerto: "It is difficult, however, to ignore the challenges presented by the task of identifying common principles with respect to twenty-seven Member States operating different legal systems, which include the common law, Romanistic, Germanic, and Scandinavian legal traditions and variants often, social values, and legal frameworks". Cit. da P. GILIKER, *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*, in *European Review of Private Law*, 17, 3, 2009, (pp. 285 – 304), pag. 287.

⁹⁶ Cfr. W. VAN GERVEN, *Comparative law in a texture of communitarization of National laws and europeanization of Community Law*, in D. O'KEEFFE e A. BAVASSO, *Judicial Review in European Union Law*, Vol. I, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, (pp. 433 – 445), pag. 439.

intervento del diritto comunitario. Infatti, la comune partecipazione allo spazio giuridico europeo ha semplicemente valorizzato un dialogo fra dottrine che, seppur a fasi alterne, è sempre esistito e che, sia in tempi lontani sia più recentemente, ha sensibilmente influenzato lo sviluppo giuridico – istituzionale dei rispettivi ordinamenti⁹⁷.

⁹⁷ Coloro che hanno affrontato i meccanismi informali di *cross fertilisation*, a tal proposito fanno riferimento al ruolo di Albert V. Dicey nell'evoluzione del diritto inglese, grazie all'importazione di dottrine e istituzioni amministrativistiche di provenienza francese, e, più di recente, ai riflessi indotti su tutti gli ordinamenti europei a seguito degli studi relativi alle privatizzazioni dei servizi pubblici avvenute nel Regno Unito. *"It is often where legal traditions consider themselves to be underdeveloped that they look outside for ideas and benchmarks. English administrative law scholarship certainly looked to France in the 1950s and 1960s; Danish and Dutch legal scholarship looked especially to Germany. But the Danes note that in recent years their system has been more self-contained as the system has developed"*. Cit. da BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe cit.*, pag. 163.

Conclusioni.

In conclusione a questo lavoro, una volta considerate le diverse esperienze nazionali e svolta una riflessione circa le principali differenze fra i modelli e le prospettive di un'uniformazione del regime di responsabilità pubblica, non resta che spendere qualche ultima considerazione circa il futuro dello strumento dell'illecito comunitario, nell'ambito dei diversi meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive fondate sul diritto comunitario. Come più volte ricordato, tale istituto muove nella direzione di investire i cittadini europei del ruolo di tutori decentrati del processo di integrazione, tramite la difesa delle proprie posizioni giuridiche soggettive. In questo modo, si è inteso istituire un controllo capillare del rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati la cui funzione è anche deterrente, ed integra il sistema di garanzie dell'effettività del diritto comunitario fondato sulla procedura di infrazione ex art. 226 - 228 TCE. Questo obiettivo concorre, evidentemente, con la prospettiva di una più efficace tutela delle posizioni giuridiche comunitarie, che risulta elemento costitutivo della cittadinanza europea ovvero dell'appartenenza dei cittadini ad una reale comunità di diritti; il che risulta fondamentale, in un momento storico in cui, a diversi livelli e talvolta con qualche fondamento, è affiorato un certo scetticismo a proposito di un'Europa la cui maggiore vocazione sembra essere improntata al libero scambio delle merci, piuttosto che alla costruzione di una soggettività politica e giuridica unitaria.

Ebbene, da più parti è stato giustamente messo in luce che tale strumento, fino ad oggi, non ha espresso tutte le potenzialità che nel corso degli anni '90 erano state ipotizzate dall'unanime dottrina. Infatti, il meccanismo di applicazione dell'illecito comunitario ad oggi non è certo particolarmente agile. Ai mali tipici della giustizia nel suo complesso, si aggiunge l'attitudine difensiva di molti giudici nazionali, che ostacola in modo talvolta esiziale l'applicazione di un rimedio costruito dal giudice comunitario, e che rischia di rimanere inadeguato e residuale. Le ragioni di

tale relativo insuccesso sono di diverse origini. Senza dubbio il c.d. “standard minimo” stabilito dalla Corte di giustizia per la sussistenza della responsabilità aquiliana è talmente vago e restrittivo da rendere piuttosto difficile l’effettiva condanna dello Stato. Inoltre, la constatazione che il numero delle richieste risarcitorie esperite con successo nei confronti degli Stati membri appaia estremamente esiguo rispetto alla quantità delle azioni promosse rafforza la posizione secondo cui sarebbe necessario che la Corte di giustizia introducesse nuovi elementi di flessibilità, più favorevoli agli interessi dei privati.

Anche sotto il profilo del diritto processuale, rimangono insoluti i dubbi relativi al fatto che i principi di effettività e di non discriminazione caratteristici del diritto comunitario, anche quando rispettati in linea teorica, incontrano molti ostacoli nel momento della loro applicazione. Infatti, le eterogenee e spesso disagevoli discipline processuali degli Stati membri, in assenza di efficaci contromisure di fonte sovranazionale, inducono a concludere che, senza l’intervento e la partecipazione attiva delle istituzioni comunitarie da un lato e delle istituzioni nazionali dall’altro, il duplice obiettivo, compensatorio e deterrente, rischia di rimanere tradito. Infatti è difficile immaginare che lo Stato sia spinto ad adempiere i suoi obblighi comunitari, se il deterrente è costituito, come attualmente è, da un’azione civile ipotetica, tecnicamente complessa, molto costosa e dall’esito incerto.

In particolare, consideriamo auspicabile che la Corte di giustizia ridefinisca il concetto di “violazione grave e manifesta” e chiarisca le ipotesi di interruzione del nesso causale. Infatti, ad oggi si tratta di un requisito dai contorni troppo vaghi, che lascia ai giudici nazionali uno spazio di discrezionalità di ampiezza tale da svuotare, nella sostanza, lo “standard minimo”, di ogni efficacia vincolante. Pertanto, il secondo presupposto potrebbe essere ridefinito portando a termine il processo di oggettivizzazione del regime di responsabilità, anche in considerazione del fatto che i regimi di responsabilità pubblica sono già orientati verso tale direzione. In questo modo, il soggetto danneggiato non dovrebbe necessariamente dimostrare l’elemento soggettivo del soggetto pubblico, che ancora oggi risponde ad un modello di colpa antropomorfica che,

come sappiamo, si applica ad organismi di diritto pubblico solo a costo di evidenti forzature. Più in generale, sarebbe necessario prendere atto che il rimedio di natura extracontrattuale non risulta idoneo a dirimere controversie fondate sulla violazione del diritto comunitario, ma di natura fondamentalmente contrattuale. Si pensi alla materia degli appalti pubblici e delle concessioni, che troverebbero un rimedio decisamente più coerente in una più stringente disciplina di natura contrattuale; del resto, le ultime direttive in materia sembrano rispondere proprio a tale prospettiva. Quest'ultima affermazione ci permette di svolgere un'ultima considerazione in merito alla tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini europei. La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario non è altro che un rimedio per correggere gli effetti distorsivi derivanti dalle violazioni del diritto comunitario o, secondo una formula molto usata, una clausola di chiusura dello Stato di diritto comunitario. Non bisogna correre il rischio di confondere mezzo e fine, per cui l'auspicio non è quello che l'illecito comunitario trovi un'applicazione meno episodica. Al contrario, tale figura potrebbe anche scomparire in presenza di altri strumenti che si dimostrino maggiormente idonei ad assicurare la corretta applicazione del diritto comunitario. Si pensi all'interpretazione conforme, all'applicazione in senso orizzontale del diritto comunitario, all'applicazione retroattiva delle direttive, ecc., in relazione ai quali la responsabilità si presenta come l'ultimo rimedio esperibile. Non è pertanto escluso che, con l'affinamento e la progressiva espansione degli altri meccanismi, l'illecito comunitario trovi minore applicazione⁹⁸. Tuttavia, ad oggi tale prospettiva sembra ancora lontana, e l'istituto di cui trattiamo mantiene un suo indiscutibile ambito di applicazione, anche in considerazione del fatto che in diversi ambiti l'azione risarcitoria si sta

⁹⁸ Infatti, a proposito del rapporto fra illecito comunitario ed efficacia diretta orizzontale, vi è chi correttamente fa notare che "la responsabilità dello Stato membro per i danni cagionati dalla sua condotta attiva o omissiva potrà sorgere solo (e l'ipotesi, come già detto, sembra remota) ove il giudice nazionale, assumendo le proprie responsabilità comunitarie, non riesca a rintracciare disposizioni nazionali (prendendo in considerazione tutte le norme del diritto interno) che gli consentano una interpretazione conforme al diritto comunitario". Cit. da PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia cit.*, pag. 722.

trasformando in uno strumento di tutela patrimoniale alternativo e prevalente rispetto al ripristino del diritto leso.

Probabilmente, il rimedio elaborato a partire dalla sentenza Francovich cederà progressivamente il passo a specifiche discipline relative agli ambiti in cui il risarcimento dei danni ha finora svolto un ruolo di particolare rilievo ed è convissuto con specifici rimedi riparatori. Ci riferiamo in particolare al settore degli appalti pubblici, regolati dalle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso esperibili in materia di aggiudicazione, che hanno espressamente vincolato gli Stati membri a predisporre procedure specifiche di impugnazione avverso le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici⁹⁹, o al diritto della concorrenza, in cui il risarcimento è il rimedio generalmente utilizzato a seguito di violazione di diverse disposizioni del Trattato CE, fra cui ricordiamo gli artt. 3, lett. G), 10 e 81 TCE¹⁰⁰ o, ancora, alla disciplina relativa agli aiuti di Stato alle imprese¹⁰¹. Tuttavia, è evidente che l'attenzione riservata a tale figura da cultori, non solo europei, di diverse branche del diritto, trascende l'applicazione, episodica e asimmetrica, della figura da parte dei giudici nazionali; la questione del dialogo fra i regimi nazionali e le prospettive di un reciproco avvicinamento, saranno al centro del futuro dibattito, qualunque sia l'epilogo di questa *case story*.

⁹⁹ Quindi, in tale ambito, l'illecito comunitario è conseguenza di mancata o scorretta attuazione di tali direttive. Altro ambito in cui il risarcimento svolge una funzione di particolare rilievo è quella delle concessioni, per molti aspetti parallela al tema degli appalti.

¹⁰⁰ Per cui, gli Stati possono essere condannati al risarcimento del danno nel caso in cui adottino o mantengano in vigore provvedimenti idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. Cfr. MANGIARACINA, *Responsabilità dello Stato membro per danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale cit.*; F. MARCOS, A. SÁNCHEZ GRAELS, *Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, in *European Review of Private Law*, 3, 2008, (pp. 469-488), NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law cit.*

¹⁰¹ A tale proposito, la dottrina è divisa circa il rimedio, esclusivamente restitutorio o anche risarcitorio, esperibile nei casi di aiuti illegittimamente concessi. Benché si tratti di una questione particolarmente problematica, nelle esperienze considerate i giudici hanno più volte affermato l'applicabilità della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cit.*, pp. 185 – 187.

GIURISPRUDENZA CITATA.

Giurisprudenza europea

Corte di giustizia.

Sent. CGCE, 16 dicembre 1960, Jean E. Humblet c. Belgische Staat. Causa C-6/60. Racc., edizione italiana pagina 01095.

Sent. CGCE, 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport – En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte. Causa C-26/62, Racc., edizione italiana pagina 00003.

Sent. CGCE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L.. Causa C-6/64. Racc., edizione italiana pagina 01129.

Sent. CGCE, 14 luglio 1967, Kampffmeyer e altri c. Commissione della CEE. Cause riunite C-5, C-7 e C-13 a C-24/66. Racc., edizione italiana pagina 00288.

Sent. CGCE, 19 dicembre 1968, S.p.A. Salgoil c. Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana. Causa C-13-68, Racc., edizione italiana pagina 00602.

Sent. CGCE, 22 gennaio 1976, Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA). Causa C-60/75. Racc. 00045.

Sent. CGCE, 8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Causa 43-75. Racc. 00455.

Sent. CGCE, 16 marzo 1977, *Commission c/France*. Causa C-68/76. Racc. I-515.

Sent. CGCE, 9 marzo 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SPA Simmenthal. Causa C-106/77. Racc. 00629.

Sent. CGCE, 25 maggio 1978, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG ed altri contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee. Cause riunite 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77. Racc. 01209.

Sent. CGCE, 5 aprile 1979, Procedimento penale a carico di Tullio Ratti. Causa C-148/78. Racc. 01629.

Sent. CGCE, 7 luglio 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord MBH e Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel. Causa C-158/80. Racc. 01805.

Sent. CGCE, 19 gennaio 1982, Ursula Becker c. Finanzamt Muenster-Innenstadt. Causa C-8/81. Racc. 00053.

Sent. CGCE, 21 giugno 1983, *Commission c. République française*. Causa C-90/92, Rec. 2011.

Sent. CGCE, 10 aprile 1984, Sabine Von Colson ed Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen. Causa C-14/83. Racc. 01891.

Sent. CGCE, 18 giugno 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*. Causa C-197/84. Racc. 1819.

Sent. CGCE, 7 luglio 1987, Commissione c. Italia. Causa C-48/86. Racc. I-2995.

Sent. CGCE 2 febbraio 1989, Commissione/Italia. Causa C-22/87. Racc. 00143.

Sent. CGCE, 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo SPA c. Comune di Milano ed impresa Ing. Lodigiani SPA. Causa C-103/88. Racc. 01839.

Sent. CGCE, 19 giugno 1990, The Queen c. Secretary of State for transport, ex parte Factortame LTD e altri. Causa C-213/89. Racc. I-02433.

Sent. CGCE, 12 luglio 1990, A. Foster e altri c. British Gas PLC. Causa C-188/89. Racc. I-03313.

Sent. CGCE (Sesta sezione), 13 novembre 1990, Marleasing SA c. La Comercial Internacional de alimentación SA. Causa C-106/89. Racc. I-04135.

Sent. CGCE, 28 febbraio 1991, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Federale di Germania. Causa C-131/88. Racc. I-00825.

Sent. CGCE, 30 maggio 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania. Causa C-361/88. Racc. I-02567.

Sent. CGCE, 25 luglio 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General. Causa C-208/90. Racc. I-04269.

Sent. CGCE, 19 novembre 1991, Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana.– Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357.

Sent. CGCE, 19 maggio 1992, Mulder e a./Consiglio e Commissione. Cause riunite C-104/89 e C-37/90, Racc. I-3061.

Sent. CGCE, 16 dicembre 1993, Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial. Causa C-334/92. Racc. I-06911.

Sent. CGCE, 10 febbraio 1994, Mund & Fester. Causa C-398/92. Racc. 1994, I-00467.

Sent. CGCE, 14 luglio 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb SRL. Causa C-91/92. Racc. I-03325.

Sent. CGCE, 14 dicembre 1995, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga. Causa C-312/93. Racc. I-04599.

Sent. CGCE, 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029.

Sent. CGCE (Sesta Sezione), 7 marzo 1996, El Corte Inglés SA c. Cristina Blázquez Rivero. Causa C-192/94. Racc. I-01281.

Sent. CGCE, 26 marzo 1996, The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc. Causa C-392/93. Racc. I-01631.

Sent. CGE, 23 maggio 1996, The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd. Causa C-5/94. Racc. I-02553.

Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 17 ottobre 1996. Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen. Cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94. Racc. I-05063.

Sent. CGCE, 22 aprile 1997, The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton. Causa C-66/95, Racc. I-02163.

Sent. CGCE, 17 giugno 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) e ex parte Abbas Radiom (C-111/95). Cause riunite C-65/95 e C-111/95. Racc. I-03343.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Danila Bonifaci e a. e Wanda Berto e a. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Cause riunite C-94/95 e C-95/95. Racc. I-03969.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Federica Maso e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e Repubblica italiana. Causa C-373/95. Racc. I-04051.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Causa C-261/95. Racc. I-04025.

Sent. CGCE (Sesta Sezione), 17 luglio 1997, Haahr Petroleum. Causa C-90/94, Racc. pag. I-4085, e cause riunite C-114/95 e C-115/95, Texaco e Olieselskabet Danmark. Racc. I-4263.

Sent. CGCE, 17 settembre 1997, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH. Causa C-54/96. Racc. I-04961.

Sent. CGCE, 2 dicembre 1997. Fantask A/S e.a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet). Causa C-188/95. Racc. I-06783.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 4 dicembre 1997, Verband deutscher Daihatsu-Händler eV contro Daihatsu Deutschland GmbH. Causa C-97/96. Racc. I-06843.

Sent. CGCE, 2 aprile 1998. Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food. Causa C-127/95. Racc. I-01531.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 14 maggio 1998. - Verein für Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherungs AG. Causa C-364/96. Racc. I-02949.

Sent. CGCE, 15 settembre 1998, Ansaldo Energia e a. Cause riunite da C-279/96 a C-281/96. Racc. I-5025.

Sent. CGCE, 1 dicembre 1998, Procedimento penale a carico di André Ambry. Causa C-410/96. Racc. I-07875.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 11 febbraio 1999, AFS Intercultural Programs Finland ry. Causa C-237/97. Racc. I-00825.

Sent. CGCE, 25 febbraio 1999, Carbonari e altri. Causa C-131/97, Racc. I-1103.

Sent. CGCE (Seconda Sezione), 29 aprile 1999, Erich Ciola c. Land Vorarlberg. Causa C-224/97. Racc. I-02517.

Sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Könle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. Racc. I-03099.

Sent. CGCE, 15 giugno 1999, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e altri c. Repubblica d'Austria. Causa C-140/97. Racc. I-03499.

Sent. CGCE, 5 ottobre 1999, *France c/ Commission Européenne*. Causa C-251/97. Racc. I-6639.

Sent. CGCE, 16 maggio 2000, Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc. Causa C-78/98. Racc. I-03201.

Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica. Causa C-387/97. Racc. I-5047.

Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123.

Sent. CGCE, 3 ottobre 2000, Cinzia Gozza e altri c. Università degli Studi di Padova e altri. Causa C-371/97. Racc. I-07881.

Sent. CGCE, 20 febbraio 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)* e altri c. *Administración General del Estado*. Causa C-205/99, Racc. I-01271.

Sent. CGCE, 8 marzo 2001, *Commission c/ France*. Causa C-266/99. Racc. I-01981.

Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239.

Sent. CGCE, 25 novembre 2003, Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna. Causa C-278/01, Racc. I-14141.

Sent. CGCE (Quinta Sezione), 4 dicembre 2003, Samuel Sidney Evans c. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions e The Motor Insurers' Bureau. Causa C-63/01. Racc. I-14447.

Sent. CGCE, 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren. Causa C-453/00. Racc. I-00837.

Sent. CGCE (grande sezione), 5 ottobre 2004, Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) e Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV. Cause riunite C-397/01 a C-403/01. Racc. I-08835.

Sent. CGCE (Prima Sezione), 16 marzo 2006, Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH. Causa C-234/04. Racc. I-02585.

Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana. Causa C-173/03. Racc. I-05177.

Sent. CGCE, 13 luglio 2006, Manfredi e a.. Cause riunite da C-295/04 a C-298/04. Racc. I-6619.

Sent. CGCE (grande sezione), 19 settembre 2006, i-21 Germany GmbH (C-392/04) e Arcor AG & Co. KG (C-422/04) c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-392/04 e C-422/04. Racc. I-08559.

Sent. CGCE, 15 febbraio 2007, Irini Lechoritou, B. Karjoulis, G. Pavlopoulos, P. Bratsikas, D. Satiropoulos e G. Dimopoulos c. Repubblica federale di Germania. Causa C-292/05, Racc. I-1519.

Sent. CGCE, 13 marzo 2007, Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern. Causa C-432/05. Racc. I-02271.

Sent. CGCE (grande sezione), 17 aprile 2007, A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio e Tarmo Lehtinen. Causa C-470/03. Racc. I-02749.

Sent. CGCE (grande sezione), 12 febbraio 2008, Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. Racc. I-00411.

Sent. CGCE (grande sezione), 24 marzo 2009, Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland. Causa C-445/06. Racc. 2009.

Tribunale di primo grado.

Sent. Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata), 10 maggio 2006, Galileo International Technology LLC e altri c. Commissione delle Comunità europee. Causa T-279/03. Raccolta 2006 pagina II-01291.

Conclusioni degli Avvocati Generali.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, 28 novembre 1995, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93l. Racc. *I-01029*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger, 19 settembre 1996, The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton. Causa C-66/95. Racc. *I-02163*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, 26 giugno 1997, Fantask A/S e.a. contro Industriministeriet (Erhvervministeriet). Causa C-188/95. Racc. *I-06783*.

Conclusioni dell'avvocato generale Léger, 8 aprile 2003, Gerhard Köbler contro Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. *I-10239*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, 24 aprile 2007, Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. Racc. 2008, *I-00411*.

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

Corte EDU, 6 aprile 2000, Thlimmenos c. Grecia, n. 34369/97.

Corte EDU, 26 ottobre 2000, Kudła c. Polonia, n. 30210/96.

Corte EDU, 26 marzo 2002, Affaire Lutz c. France, n. 48215/99.

Giurisprudenza italiana

Corte Costituzionale

8.6.1984, n. 170, Granital, in Foro it. 1984, I, 2062.
23.04.1985, n. 113, BECA, in Foro it., 1985, I, 1600.
22.6.1990, n. 307, Oprandi, in Foro it., 1990, I, 2694.
16.6.1993, n. 285, Bracaglia, in Foro It., 1993, I, c. 2393.
31.12.1993, n. 512, Assoni, in Foro It., 1994, I, 316.
10.11.1994, n. 384, Regione Umbria, in Foro it., 1995, I, 2050.
30 marzo 1995, n. 94, Regione Sicilia, in Foro It., 1995, 1081.
6.7.2004, n. 204, Casa di cura Villa Maria Pia, in Foro It., 2004, I, 2594.
24.10.2007, n. 348, R.A., in Foro It., 2008, c. 39.
24.10.2007, n. 349, Com. Avellino, in Foro It., 2008, c. 40.

Altre giurisdizioni

Cass. SS.UU., 14 marzo 1977, n. 1009, in Giur. It. 1977, I, 1, c. 812 s..
Cass. SS.UU., 17 marzo 1977, n. 1060, in Foro It. 1977, I, 1, c. 808 s..
Cass. SS.UU., 26 aprile 1977, n. 1561, in Foro It. 1977, I, c. 1691.
Cass. SS.UU., 4 agosto 1977, n. 3458, in Foro It. 1977, I, c. 139.
Cass. SS.UU., 9 gennaio 1978, n. 53, in Foro It., 1978, I, 612.
Cass. SS.UU., 18 giugno 1981, n. 3967, in Giust. Civ. 1981. I. pag. 2217 ss..
Cass., 19 agosto 1983, n. 5412, in Foro it., 1984, I, 500.
Cass. SS.UU., 26 agosto 1991, n. 9129, in Mass. Foro It. 1991, c. 820 s..
Cass., 4 gennaio 1993, n. 13, in Giur. It., 1993, I, 1, 1686.

- Cass. SS.UU., 8 gennaio 1993, n. 124, in Foro It., 1993, I, 1487.
- Cass., 21 aprile 1993, n. 4672, in Foro It., 1993, voce Obbligazioni in genere, n. 39.
- Cass. SS.UU., 10 settembre 1993, n. 11077, in Foro It., 1994, I, 3138.
- Cass. lav., 5 aprile 1995, n. 3974, in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 2729.
- Cass. lav., 19 luglio 1995 n. 7832, in Fall. e Proc. Conc., 1996, p. 137.
- Cass., 9 settembre 1995 n. 9547, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 1383.
- Cass. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617, in Foro It. 1996, I, 503.
- Cass., 10 novembre 1995, n. 10617, in Foro It., 1996, I, p. 503. in Mass. Giur. Lav., 1996, p. 193; in Resp. Civ. e prev., 1996, p. 309.
- Cass. lav., 8 marzo 1996, n. 1860, in Mass. 1996.
- Cass., 8 marzo 1996, n. 1864, in Fall. e proc. conc., 1996, p. 1183.
- Cass., 27 marzo 1996 n. 2750, in Fall. e proc. conc., 1996, p. 981, in Gius. 1996, p. 1654.
- Cass. lav., 19 gennaio 1996, n. 401, in Foro it., 1996, I, 503.
- Cass. SS.UU., 10 agosto 1996, n. 7410, in Giur. It. 1997, I, 1, c. 606 ss.
- Cass. lav., 5 ottobre 1996, n. 8739, in Danno e resp., 1997, pag. 254.
- Cass., 11 ottobre 1996, n. 10617, Mass. 1996.
- Cass., 9 gennaio 1997 n. 133, Inps c. Campanelli, in Foro It., 1998, I, c. 1469.
- Cass., 18 gennaio 1997, n. 511, in Mass. Giur. Lav., 1997, p. 569.
- Cass., 14 agosto 1997, n. 7618, in Foro It., 1997, I, 3570.
- Cass. lav., 10 febbraio 1998, n. 1366, in Foro it., 1998, I, 1469.
- Cass. lav., 11 giugno 1998, n. 5846, in Foro it. 1998, I, 2791.
- Cass. lav., 18 giugno 1998, n. 6113.
- Cass. lav., 23 giugno 1998, n. 6223.
- Cass. SS.UU., 22 luglio 1999 n. 500, in Foro It., 1999, I, 2487.
- Cass. Civ., 9 aprile 2001, n. 5240, in Previd. Soc., 2001, 5150.
- Cass. civ., 9 aprile 2001, n. 5249, in Foro It. 2002, I, 2663.
- Cass., 4 giugno 2002, n. 8110, in Foro it. 2002, I, 2662.
- Cass. SS.UU., 10 aprile 2002, n. 5125, in Giur. It., 2002, 2395. in Foro It., 2002, 2394.
- Cass., 4 febbraio 2003, n. 1653, in Foro it., 2003, I, 2399.
- Cass., 27 marzo 2003, n.4538, in Foro It. 2003, I, 2073.

- Cass. civ., sez. III, 1 aprile 2003, n. 4915, in Foro It., 2003, I, 2015.
- Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7630, in Giur. It., 2004, 2015. in Danno e resp., 2003, p. 719 ss.
- Cass., 7 novembre 2003, n. 16696, in Arch. Civ., 2004, 1111.
- Cass. Civ., 16 gennaio 2004, n. 540, in Arch. Civ., 2004, 1484.
- Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2203, in Giur. it., 2005, 2325.
- Cass. civ., 31 maggio 2006, n. 13000, Mass. 2006, 1509.
- Cass. civ., 27 novembre 2006, n. 25123. Giur. it., 2007, 846.
- Cass. SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147. Mass., 2009, 475.
-
- Cons. di Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, in Foro amm., 1991, 1076.
- Cons. di Stato, sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542, in Giur. it., 1996, I, 1, 191.
- Cons. di Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012, in Foro it., 2005, III, 247.
- Cons. di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478, in Cons. Stato, 2005, I, 219.
- Cons. di Stato, sez. VI, 11 maggio 2006, n. 3981, in Giurisdiz. amm., 2006, I, 963.
- Cons. di Stato, sez. V, 30 ottobre 2006, n. 5063, in Giur. it., 2007, 757.
- Cons. di Stato, sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136, in Urbanistica e appalti, 2007, 96.
- Cons. di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1104, in Foro amm.-Cons. Stato, 2007, 985.
- Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242, in Foro amm.-Cons. Stato, 2009, 234.
-
- T.A.R. Lombardia, sez. I, 25 novembre 1989, n. 554, in Foro It. 1990, III, 503.
- T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 12 febbraio 1992, n. 98, Trib. amm. reg., 1992, I, 142.
- T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16 settembre 2004, n. 9315.
- T.A.R. Campania, sez. II, 27-05-2005, n. 7292, Ragiusan, 2006, fasc. 263, 46.

Corte dei Conti, sez. riun. Giur., 23 aprile 2003, 10/qm (III, 74), in Foro it., febbraio 2005, 101.

Corte dei Conti, sez. I giur. Centr. App., 18 giugno 2004, n. 222/A, in Foro it., 2005, III, 74.

Trib. Parma, 23 aprile 1994, in Giustizia Civile, 1994, pag. 2526.

Trib. Caltanissetta, 15 settembre 1997, in Danno e Resp, 5, 1998, 469.

Trib. Rovereto, 17 luglio 1998, in Giur. Merito, 1999, 367.

Trib. Roma 28 giugno 2001, in Giur. Mer., 2002, 359.

Trib. Roma 2 gennaio 2002, in Diritto e Giustizia, 2004, 41, 76.

Trib. Roma, sez. II, del 21 maggio 2002, in Giur. Romana, 2003, 97.

Trib. Catania, Sez. I, 28 febbraio 2004, in Foro Ital. 2004, Col. 2521.

Trib. Roma, 29 settembre 2004, in Dir. e giust., 41, del 2004, 80.

Trib. Genova, Sez. I, 23 aprile 2008, in Danno e resp. 11/2008, 1127.

Trib. Venezia, Sez. III, 6 giugno 2008, in Danno e resp. 1/2009, 82.

Pret. Pistoia, 20 ottobre 1992, in Giust. Civ., 1993, I, 301.

Pret. Bassano del Grappa, 3 agosto 1992. in Giur. merito, 1993, 1288.

Pret. Vicenza, 14 febbraio 1995, in Diritto del lavoro, 1995, pag. 560.

Pret. Milano, 14 luglio 1998, Riv. critica dir. lav., 1998, 1024.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 23 luglio 2007, n. 699, in Foro amm.-Cons. Stato, 2007, 2313.

Giurisprudenza spagnola

Tribunal Constitucional

STC 108/1986, de 29-7-1986.

STC 99/1987, de 11-6-1987.

STC 70/1988, de 19-4-1988.

STC 104/1988, de 8-6-1988.

STC 227/1988, de 29-11-1988.

STC 252/1988, de 20-12-1988.

STC 214/1989, de 21-12-1989.

STC 28/1991, de 14-2-1991.

STC 64/1991, de 22-3-1991.

STC 76/1991, de 11-4-1991.

STC 115/1991, de 23-5-1991.

STC 149/1991, de 4-7-1991.

STC 236/1991, de 12-12-1991.

STC 17/1992, de 28-5-1992.

STC 79/1992, de 28-5-1992.

STC 117/1992, de 16-9-1992.

STC 80/1993, de 8-3-1993.

STC 141/1993, de 22-4-1993.

STC 173/1996, de 31-10-1996.

STC 197/1996, de 28-11-1996.

STC 148/1998, de 2-7-1998.

DTC 1/2004, de 13-12-2004.

Altre giurisdizioni

STS, 12 maggio 1982, RJ 1982/3326.
STS, 28 gennaio 1983, RJ 1983/393.
STS, 22 novembre 1985, RJ 1986/477.
STS, 25 settembre 1987, RJ 1987/10107.
STS, 5 ottobre 1987, RJ 1987/6959.
STS, 16 luglio 1988, RJ 1988/4934.
STS 27 marzo 1990.
STS 22 maggio 1991.
STS, 12 settembre 1991, RJ 1991/6150.
STS, 11 ottobre 1991, RJ 1991/7784.
STS, 30 novembre 1992, RJ 1992/8769.
STS, 15 gennaio 1993, RJ 1993/81.
STS, 18 gennaio 1993, RJ 1993/902.
STS, 20 gennaio 1993, RJ 1993/324.
STS, 22 gennaio 1993, RJ 1993/301.
STS, 5 marzo de 1993, RJ 1993/1623.
STS, 24 febbraio 1994, RJ 1994/1235.
STS, 14 marzo 1994, RJ 1994/2350.
STS, 27 giugno 1994 RJ 1994/4981.
STS, 14 ottobre 1994, RJ 1994/8741.
STS, 1 marzo 1996, RJ 1996/2042.
STS, 20 settembre 1996, RJ 1996/6785.
STS, 13 febbraio 1997, RJ 1997/978.
STS, 5 dicembre 1997, RJ 1998/177.
STS, 8 gennaio 1998, RJ 1998/773.
STS, 28 ottobre 1998, RJ 1998/8420.
STS, 20 febbraio 1999, RJ 1999/3016.
STS, 13 marzo 1999, RJ 1999/3151.
STS, 29 marzo 1999, RJ 1999/3783.
STS, 3 giugno 1999, RJ 1999/6006.

STS 13 giugno 2000, RJ 2000/5939.
STS, 22 febbraio 2000, RJ 2000/2329.
STS, 29 febbraio 2000, RJ 2000/370.
STS, 8 giugno 2000, RJ 2000/7383.
STS, 13 giugno 2000, RJ 2000/5939.
STS, 15 luglio 2000, RJ 2000/7423.
STS, 30 settembre 2000, RJ 2000/9093.
STS, 26 giugno 2001, RJ 2001/6690.
STS, 19 febbraio 2002, RJ 2002/2956.
STS, 17 de aprile 2002, RJ 2002/3988.
STS, 1 luglio 2002, RJ 2002/10974.
STS, 10 dicembre 2002, RJ 2003/3005.
STS, 25 gennaio 2003, RJ 2003/964.
STS, 10 febbraio 2003, RJ 2003/1156.
STS, 12 giugno 2003, RJ 2003/8844.
STS, 17 giugno 2003, RJ 2003/5424.
STS, 25 giugno 2003, RJ 2003/4264.
STS, 7 luglio 2003, RJ 2003/4451.
STS, 22 ottobre 2003, RJ 2003/8591.
STS, 25 febbraio 2004, RJ 2004/2244.
STS, 8 marzo 2004, RJ 2005/3843.
STS, 15 marzo 2004. RJ 2005/2672.
STS, 14 giugno 2004, RJ 2004/5718.
STS, 22 giugno 2005, RJ 2005/5323.
STS, 23 giugno 2005, RJ 2005/4931.

ATS, 12 gennaio 2001, RJ 2001/1403.

ATS, 2 marzo 2001, RJ 2001/7776.

ATS, 1 febbraio 2008, RJ de planteamiento de cuestión prejudicial, Diario La Ley, N° 6936, Sección Doctrina, 30 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-138, pp. 1 – 12.

Consejo de Estado, Dictamen núm. 3399/98, 12 novembre 1998.

SAN, 25 giugno 1997 Sent. Núm. 342/97.

SAN, 26 gennaio 2000, RJCA 2000/408

SAN, 2 marzo 2001, JT 889

SAN, 24 marzo 2001, JT 1092.

SAN, 7 maggio 2002, RJCA 2002/634.

SAN, 10 febbraio 2009, RJCA 2009/224.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de diciembre de 1991.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo social), de 1 de marzo de 1994, Rec. 4.381/93 s. 3.a.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 22 de marzo de 1996, Rec. 252/18,

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de mayo de 1996, Rec. 1.017/95 s.2.

Giurisprudenza francese

Conseil Constitutionnel

Cons. Const. 10 giugno 2004, n. 2004-505 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, A.J.D.A. 2004, p. 1534.

Cons. Const. 10 luglio 2004, n. 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*.

Cons. Const. 24 novembre 2004, n. 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, A.J.D.A. 2005, p. 21, et p. 219.

Altre giurisdizioni

CE, 11 gennaio 1838, *Duchâtellier*, Rec. 7.

CE, 13 dicembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec. 1148.

CE, 10 febbraio 1905, *Tomaso-Grecco*, Rec.

CE 10 marzo 1905, *Berry et Chevallad c/Commun de Poilly-sur-Tholon*, S. 1907, 3, p. 65.

CE, 10 maggio 1912, *Ambrosini*, S. 1912.III.161.

CE, 18 febbraio 1927, *Régie départementale des voies ferrés*, p. 226, S. 1928.III.66.

CE, Sect. 7 febbraio 1930, *Boutoux et association syndicale du canal de Saint-Tropez*, Rec. 153.

CE, 10 febbraio 1937, *Commune de Bagnères-de-Bigorre*, Rec. 183.

CE, 14 gennaio 1938, *Société anonyme des Produits Laitiers "La Fleurette"*, Rec. 25.

- CE, 17 febbraio. 1939, *Société coopérative militaire d'Alsace*, Rec. 97.
- CE, 9 febbraio 1940, *Sieur Monier*, Rec. 54.
- CE, 1 marzo 1940, *Société Chardon et Cie*, Rec. 82.
- CE, 7 giugno 1940, *Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges*, Rec. 193.
- CE, 9 aprile 1943, *Ville d'Alger*.
- CE, 22 ottobre 1943, *Société des établissements Lacaussade*, Rec. 231.
- CE, 21 gennaio 1944, *Caucheteux et Desmonts*, Rec. 22.
- CE, 20 settembre 1944, *Dame Veuve Batisse*, Rec. 253.
- CE, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. 349.
- CE, 23 gennaio 1952, *Compagnie des transports électriques de Limoges*, Rec. 478.
- CE, 5 marzo 1952, *Commune de Louey*, Rec. 149.
- CE, 6 gennaio 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, Rec. 3
- CE, 21 giugno 1957, *Société d'exploitation de Etablissements Pathé-Cinéma*, Rec. 415.
- CE, 15 luglio 1957, *Société de décorticage*, Rec., p. 485.
- CE (Sect.), 27 gennaio 1961, *Vannier*, Rec., p. 60, AJ 1961, Rec. 74.
- CE (Ass.), 10 febbraio 1961, *Ministre de l'intérieur c. Consorts Chauche*, Rec. 108.
- CE, 17 marzo 1961, *Rouquette*, Rec. 192.
- CE, 13 luglio 1961, *Sté indochinoise radioélectrique*, Rec. 519.
- CE (Sect.) 30 gennaio 1963, *Ministre de l'intérieur c. Bovero*, Rec. 53 ; A.J.D.A. 1963.203.
- CE Sect. 22 febbraio 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113.
- CE, 26 aprile 1963, *Laurent*, Rec. 247.
- CE, 27 novembre 1964, *Dame Veuve Renard*, Rec. 590.
- CE Ass., 30 marzo 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, Rec. 257.
- CE, 8 gennaio 1965, *Société des Etablissements Aupinel*, Rec. 15.
- CE, 19 marzo 1966, *Fouet*, Rec. 183.
- CE, 29 aprile 1966, *Rossi*, Rec. 296.
- CE, 7 ottobre 1966, *Asope*, Rec. 523.
- CE, 14 ottobre 1966, *Marais*, Rec. 548.

- CE, 19 ottobre 1966, *Commune de Clermont*, Rec. 551.
- CE, 1 marzo 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. 149.
- CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tellegrand*, Rec. 607.
- CE (Sect.), 25 settembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et Dame veuve Tesson*, Rec. 540.
- CE (Sect.), 2 ottobre 1970, *Époux Pol*, Rec. 543.
- CE, 26 gennaio 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. 77.
- CE, 14 marzo 1975, *Société civile immobilière de la vallée de Chevreuse*, Rec.197.
- CE, 3 dicembre 1975, *Placide*, Rec. T. 1264.
- CE, 21 gennaio 1976, *Commune de Margon*, Rec. T. 1166.
- CE, 22 dicembre 1976, *Veuve Sénée*, Rec. T. 1114.
- CE, 22 dicembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec. 524, in RTDE 1979. JDI, 1979, p. 591.
- CE, 29 dicembre 1978, *Darmont*, Rec. 542.. A.J.D.A. 1979, p. 45.
- CE, 27 luglio 1979, *Carot*, Rec. 34.
- CE, 7 dicembre 1979, *Les fils de Henri Ramel*, Rec., p. 457.
- CE, 2 ottobre 1981, *Cloâtre*, Rec. 351.
- CE, 18 dicembre 1981, *Ministre de Culture et communication c/ Cie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, Rec. 478.
- CE, 10 febbraio 1982, *Compagnie Air Inter*, RDP 1982, p. 143.
- CE, 23 marzo 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec. 134.
- CE (sect.), 10 févr. 1984, n. 27031, *Min. Agriculture c/ Sté Les fils de Henri Ramel*, Rec. 54.
- CE (Ass.), 23 marzo 1984, *Min. Commerce extérieur c. Sté Alivar*, Rec. 128. A.J.D.A., 396. RTD eur. 341.
- CE, 14 dicembre 1984, *Rouillon*, Rec. 423.
- CE, 13 dicembre 1985, *Société international Sales and Import Corporation B.V.*, Rec. 386. A.J.D.A., 1986, 174.
- CE, 19 marzo 1986, *SA Jacques Dangeville*, Rec. 1986.
- CE, 28 novembre 1986, *Comm. Urbaine de Lille*, DA 1987, n. 50.
- CE, 29 aprile 1987, *Consorts Yener et Erez*, Rec. 151.

CE, 20 gennaio 1988, *Aubin*, Rec. 20. A.J.D.A. 419. J.C.P. II, 21169. R.T.D.E., 1989, 686.

CE, 27 luglio 1988, *Compagnie marseillaise de Madagascar*, RDP, 1989, 546. CE, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, RDP 1989, 546.

CE, 20 gennaio 1989, *CH de Compiègne Hôpital St Joseph c/ Tavares*, Rec. T. 910.

CE, 3 febbraio 1989, *Cie Alitalia*, Rec. 44.

CE, 16 giugno 1989, *Association « Le sky alpin mourois »*, Rec. 141.

CE, 11 ottobre 1989, *Inssoud Boukaala*, RDP 1990, 1166.

CE, 4 luglio 1990, *Société d'assurances « Le sou médical » c/CH de Gap*, Rec. T. 973.

CE, 24 settembre 1990, *Boisdet*, Rec. 250.

CE, 7 dicembre 1990, *SCI Les Mouettes*, Rec. tables p. 852. - p. 983.

CE, 20 marzo 1991, *CHR de Bourg-en-Bresse c. époux Bouvard*, Rec. 97.

CE, 28 febbraio 1992, *Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France*, RDP 1505. Rec. 78.

CE (Ass.), 28 febbraio 1992, *Société anonyme Rothmans International France et Société anonyme Philip Morris France*, A.J.D.A., n. 3, 210. Rec. 81.

CE, 1 aprile 1992, n. 85015, *Sté Cicomap et Charbit*, Rec. 146.

CE, 8 gennaio 1995, *Ministre du Budget c/ SA Les vins de la Caffre*, RJF 2/95, n. 159 et 283.

CE, 30 gennaio 1995, *Société Fourrures Maurice*, Rec. 000.

CE, 28 juin 1995, *Société des établissement Lefebvre*, n. 126728.

CE (Ass.), 30 ottobre 1996, *Ministre du budget c. Société Jacques Dangeville*, Rec. 399.

CE, 14 gennaio 1998, *Dagorn*, n. 169344

CE (Ass.), 6 febbraio 1998, *Tête*, Rec.. 30, A.J.D.A. 403. RFDA 407.

CE, 22 giugno 1998, *Ville de Saint-Etienne*, Rev. Droit Immobilier, 1999, 98.

CE, 3 dicembre 1999, *A.O.M.S.L. et Rassemblement des opposants à la chasse*, Rec. 379.

CE, 8 dicembre 2000, *Commune d'Auvare*, Coll. territ.-Intercommunalité mars 2001, n°62.

CE, 27 luglio 2001, *Cie Générale des eaux*, req. n° 229566, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 52
CE (Ass.), 28 giugno 2002, *Magiera*, n. 239575. Rec. 248.
CE, 30 luglio 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, RFDA 2004, 114.
CE, 12 gennaio 2004, *SARL Schop*, req. n. 239686.
CE (Sect.), 27 febbraio 2004, *Mme Popin*, A.J.D.A. 657.
CE, 2 novembre 2005, *Sté coopérative agricole Ax'ion*, A.J.D.A., 2006, 142.
CE, 3 maggio 2006, *Commune de Bollène, Syndicat intercommunal pour l'aménagement et l'entretien du réseau hydraulique du Nord Vaucluse*, A.J.D.A., 2007, 204.
CE, 18 giugno 2008, *Robert Gestas*, n. 295831.
CE, 6 marzo 2009, *M. Et Mme Le Helloco*, n. 312625.

Ccass. Com. 21 febbraio 1995, United Distillers France, John Walker, JTDE 116.

CAA de Paris, 12 dicembre 1989, *L'indicateur Lagrange*, Rec. 357.
CAA de Nantes, 20 giugno 1991, *SA Hellot*, A.J.D.A. 1992 171-172
CAA de Nantes, 20 giugno 1991, *Société Duault*, *Quot Jurid.*, 9 aprile 1992, n. 29, p. 4.
CAA de Paris, 1 luglio 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec. 558. Dr. Fisc. 1665.
CAA de Lyon, 1 febbraio 1994, *Plan*, Rec. 1174.
CAA de Bordeaux, 10 febbraio 1994, *Syndicat intercommunal à vocation multiple du Conflent*, Rec. 614.
CAA de Paris, 23 gennaio 2006, *Société Groupe Salmon Arc-en-ciel*, A.J.D.A., 2006, p. 766

Tribunal des conflits, 30 luglio 1873, *Pelletier*, Rec. 117.

Tribunal des conflits, 31 marzo 2008 n. 3632 *Sté Boiron*. n. 3634, *Sté Yves Saint- Laurent Lassigny SAS*. n. 3631, *Sté Boiron c/ Direction générale des douanes et droits indirects*: RJF 6/08 .

Tribunal des conflits, 29 febbraio 1908, Feutry

TA Dijon, 15 aprile 1986, *Soc. Viticole Bérard*, Rec. 311, RTD eur. 1988, 109.

TA Rennes 2 maggio 2001, *Suez-Lyonnaise des eaux*, *A.J.D.A.* 2001, p. 593.

TA Paris, 11 ottobre, 2002, *Société Fipp*, req. N. 0101796.

TA Grenoble, 15 ottobre 2003, *Stéphane Kélian*, inédit.

TA Paris, 7 maggio 2004, *France nature environnement*, inédit..

Giurisprudenza di altri Stati membri

Austria

Verfassungsgerichtshof, A 23/00, March 6, 2001 J.B.I. 441.

Verfassungsgerichtshof, A11/01, October 7, 2003 Ecolex 957.

Oberster Gerichtshof, June 10, 2000, 1 Ob 12/00 x.

Germania

Bundesgerichtshof del 24 ottobre 1996, in *Europarecht*, 1997, pag. 291 e ss.

Oberlandsgericht Köln, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95.

Oberlandsgericht Köln, June 2, 2005, 7U 29/04

Paesi Bassi

Sent. Tribunale di Hoge Raad, 11 ottobre 1992, Van Hilten, NJ/AB 1992, 62.

Sent. Tribunale dell'Haya, 18 luglio 1984, Roussel Laboratoria e.a./Stato olandese, Minidoc n. QP/01013-P1.

BIBLIOGRAFIA

- 1 AA.VV., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer - Wien - New York, Springer-Verlag/Wien, 2005.
- 2 ---, *La participación de las regiones en Europa*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2003.
- 3 ACOSTA GALLO P., *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de Justicia*, Tirant lo Blanch - Editorial Montecorvo, Valencia, 2005.
- 4 ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, (pp. 1 - 28).
- 5 ADOBATI V., *Medici specializzandi: sulle domande di riconoscimento del diritto alla borsa di studio è competente a decidere il giudice ordinario*, in *Diritto comunitario degli Scambi internazionali*, 2, 2005, (pp. 295 - 300).
- 6 AFFERNI G., *La disciplina della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2007, (pp. 261 – 268).
- 7 AHUMADA RUIZ M.A., *Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 62, 2001, (pp. 301 - 350).

- 8 AJANI G., *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006.
- 9 ---, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2001, (pp. 1589-1611).
- 10 AJANI G., FERRERI S., GRAZIADEI M., *Introduzione ai principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2009, (pp. 271 – 278).
- 11 ALBERTÍ ROVIRA E., *El desarrollo y la ejecución por las comunidades autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el estado*, in AA.VV., *Estatuto y Unión europea*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2006, (pp. 79 – 103).
- 12 ALBERTON G., *Le législateur français transgressant le Droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable?*, in *A.J.D.A.*, 2006, (pp. 2155 - 2162).
- 13 ---, *Le régime de la responsabilité au regard du droit communautaire*, in *R.F.D.A.*, 1997, (pp. 1017 - 1038).
- 14 ---, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire; de la contradiction á la conciliation?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 1997, (pp. 1017 - 1038).
- 15 ALMAGRO NOSETE J., *El sistema español de responsabilidad judicial*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A., *El Poder judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- 16 ALONSO GARCÍA R., *La responsabilitat patrimonial de l'Estat-legislador, en especial en els casos d'infracció del Dret comunitari: a propòsit de la interlocutòria del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 2008 i la*

qüestió prejudicial plantejada al TJCE (C-118/08), in Quaderns de dret local, 19, feb. 2009, (pp. 169 – 180).

17 ---, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, in *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2007.

18 ---, *La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, in *Revista de Administración Pública*, 121, 1990, (pp. 213 - 243).

19 ALPA G., *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Rassegna forense, parte 2, 1, 2005, (pp. 1 - 5).

20 ---, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004.

21 ---, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in ALPA G., *Diritto Privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, (pp. 562 - 593).

22 ALZAGA VILLAAMIL O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., RODRÍGUEZ ZAPATA J., *Derecho Político Español, Tomo I. Constitución y fuentes del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

23 ANAGNOSTARAS G., *The principle of state liability for judicial breaches: The Impact of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281-305).

24 ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français:*

Conseil Constitutionnel, Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour Européenne des Droits de l'Homme, L.G.D.J., Paris, 1998.

25 ARIÑO ORTIZ G., VELASCO CABALLERO F., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del sector eléctrico*, in CALONGE VELÁZQUEZ A. e MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (pp. 87 - 134).

26 ARMENTA DEU T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

27 ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2006.

28 ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL M.A., *Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador: especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, in *Revista Española de la función consultiva*, 10, 2008, (pp. 57 - 88).

29 ASTONE F., *Il processo normativo dell'Unione Europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, Torino, 2007.

30 AZZENA L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, Giappichelli, 1998.

31 BAADE H.W., *Stare Decisis in Civil-Law Countries: The Last Bastion*, in BIRKS P. e PRETTO A., *Themes in Comparative Law. In Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002.

- 32 BÁEZ MORENO A., LAMARQUE L., *La deficiente articulación de los efectos de la STC 276/2000, de 16 de noviembre, y la vía procedimental idónea para la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de leyes inconstitucionales*, in *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentario, casos prácticos*, 267, 2005, (pp. 51 – 70).
- 33 BALAGUER CALLEJÓN F., *El sistema de fuentes en la Constitución Europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2, 2004, (pp. 61 – 80).
- 34 BARAV A., *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 1 – 20).
- 35 ---, *Omnipotent Courts*, in CURTIN D. e HEUKELS T., *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schemers*, vol. II, Dordrecht, Nijoff, 1994.
- 36 ---, *State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts*, in HEUKELS T. e McDONNELL A., *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1997, (pp. 363 – 408).
- 37 ---, *El papel comunitario del juez nacional y el Estatuto del Justiciable comunitario*, in MARTINEZ DE VELASCO J.H., *La Articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 259-335).
- 38 BARCELÓ M., VINTRÓ J., *Derecho Público de Cataluña*, Atelier. Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.
- 39 BARIATTI S., *Il ruolo del giudice nella costruzione dell'ordinamento comunitario*, in *Diritto & Storia*, 3, 2004, (pp. on line).

- 40 BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione Italiana*, Padova, 1953.
- 41 BARONE A., *Nota*, in *Foro Italiano*, IV, 1989, (pp. 69 - 71).
- 42 BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro Italiano*, IV, 1992, (pp. 146 - 150).
- 43 BARRY H., *The King can do no wrong*, in *Virginia Law Review*, 11, 5, 1925, (pp. 349 - 371).
- 44 BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo, La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.
- 45 BECKER F., CAMPBELL A., *The Direct Effect of European Directives – Towards the Final Act?*, in *The Columbia Journal of European Law*, 13, 2, Spring 2007, (pp. 401 - 426).
- 46 BELAIDM S., *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, L.G.D.J., Paris, 1974.
- 47 BELL J., *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in BEATSON J. e TRIDIMAS T., *New directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 147 - 165).
- 48 BELL J.S., *Comparative Administrative Law*, in REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, (pp. 1259 – 1286).
- 49 BENACCHIO A., *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008.

- 50 BENOIT F.P., *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-classeur périodique*, I, 1351, 1957.
- 51 BERGERÉS M., *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable á une juridiction suprême*, in *Droit Fiscal*, 36, 2006, (pp. 1492 - 1497).
- 52 BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 5, 2007, (pp. 1591 - 1603).
- 53 BIONDI F., *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2006, (pp. 839 - 842).
- 54 ---, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- 55 BLASCO ESTEVE A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985.
- 56 BO G., *La pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2008, (pp. 1065 – 1078).
- 57 BOITEAU C., *Concept communautaire de service public et services publics locaux*, in *R.F.D.A.*, 1995.
- 58 BON P., *La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant á des espèces protégées*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2004, (pp. 151 - 155).
- 59 BON P., TERNEYRE P., *Illégalité de la procédure de fixation des prix des tabacs manufacturés. Responsabilité pour faute de*

l'Administration du fait d'une loi incompatible avec une réglementation communautaire, in *Recueil Dalloz*, 1993, (pp. 141 - 149).

60 BOULOUIS J., *La France et la Cour de Justice des Communautés européennes*, in PLANTEY A., *L'internationalisation dans les institutions et le droit, Convergences et déficits, Études offertes à A. Plantey*, Pedone, Paris, 1995, (pp. 127 - 132).

61 BOULOUIS M., *A propos de l'arrêt Nicolo*, in *Revue Générale de Droit International Publique*, 94, 1990, (pp. 91 - 102).

62 BROUELLE C., *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2003.

63 BRUNET J.F., *De la responsabilité de l'État législateur*, Université de Paris, Paris, 1936.

64 BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, (pp. 335 - 354).

65 ---, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica di Diritto Privato*, 1988, (pp. 643 - 684).

66 CALVET H., *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire*, in *AJDA*, n. special, juin 1996, (pp. 92 - 96).

67 CALZOLAIO E., *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2004.

68 ---, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2004, (pp. 46 - 53).

- 69 CANEDO-PARIS M., *Le juge administratif, le droit international et la responsabilité: un trio infernal?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, (pp. 789 - 802).
- 70 CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2008, (pp. 447 - 467).
- 71 ---, *Il contributo della dottrina italiana all'evoluzione del diritto dell'integrazione europea*, in TIZZANO A., *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 31 – 52).
- 72 CAPPELLETTI M., *Giudici Legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- 73 CARANTA R., *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006, (pp. 2386 - 2395).
- 74 ---, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001.
- 75 ---, *Government Liability after Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 52, 2, 1993, (pp. 272 - 297).
- 76 ---, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in CHITI M.P., GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, (pp. 1031 – 1065).
- 77 CARRÉ DE MALBERG R., *La Loi, expression de la volonté générale*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931.
- 78 CARRILLO DONAIRE J.A., LÓPEZ MENUDO M., GUICHOT REINA E., *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

- 79 CARTEI G.F., *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, (pp. 733-747).
- 80 CASSIA P., *Droit administratif français et droit de l'Unione européenne*, in *R.F.D.A.*, 2, mars avril 2009, (pp. 343 – 350).
- 81 CASTRONOVO C., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, (pp. 647 - 669).
- 82 CÉLÉRIER T., *La jurisprudence communautaire et le droit des marchés publics locaux en 1999*, in *Coll. territ.-Intercommunalité*, 4, mai 2000.
- 83 CIENFUEGOS MATEO M., *Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del Derecho Comunitario: reflexiones a partir de la práctica reciente*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 5, 2007, (pp. 39-100).
- 84 CIPOLLINA S., *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, II, 1997, (pp. 12 - 28).
- 85 CIPRIANI F., *Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze*, in *Foro Italiano*, 1, 2002, (pp. 2394 - 2401).
- 86 CLAES M., *The National Courts Mandates in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- 87 CLAMOUR G., *Le sens des responsabilités...à propos de l'arrêt Gardedieu*, in *Recueil Dalloz*, 2007, (pp. 1214-1220).

- 88 CLARICH M., CAMILLI E.L., *Sulla responsabilità restano le differenze*, in *Guida al Diritto*, 31, 2007, (pp. 103 - 105).
- 89 ---, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in CHITI M.P. e GRECO G., *Trattato di Diritto amministrativo Europeo*, vol. I - Parte Generale, Giuffrè, Milano, 2007, (pp. 588 - 610).
- 90 CLIMENT BARBERÁ J., *El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad*, in DÍAZ DELGADO J., *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- 91 COBREROS MENDAZONA E., *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización*, in *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, (pp. 31 – 69).
- 92 ---, *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario*, in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 10, 2004, (pp. 289-316).
- 93 ---, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.
- 94 COLCELLI V., *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2009, (pp. 557 - 585).
- 95 COLLET M., *Responsabilité de l'État du fait des lois: compétence exclusive du juge administratif*, in *Revue Juridique de l'économie publique*, 656, 2008, (pp. 18 – 21).
- 96 COLLIARD C.A., *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Dalloz, Paris, 1938.

- 97 CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008, (pp. 225 – 238).
- 98 ---, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere Giuridico*, 9, 2007, (pp. 1189 – 1192).
- 99 CONSTANTINESCO L.J., *Il Metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- 100 CONTI R., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 11, 2006, (pp. 1515 - 1528).
- 101 ---, *Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull'applicazione del diritto comunitario. Il commento*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2005, (pp. 964 - 967).
- 102 ---, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2004, (pp. 26 - 41).
- 103 ---, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2003, (pp. 836-843).
- 104 CORSARO L., POLITI M., *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, (pp. 366 - 378).
- 105 COURTIAL J., *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influences européenne?*, in *A.J.D.A.*, 60, 8, 2004, (pp. 423 - 431).

- 106 COUTRON L., *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, in *R.F.D.A.*, 2, mars-avril 2009, (pp. 329 - 342).
- 107 CRAIG P., *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European Law Review*, 34, 3, June 2009, (pp. 349 - 377).
- 108 CRUZ VILLALÓN P., *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006.
- 109 CURTIN D., *The decentralised enforcement of Community Law rights. Judicial snakes and ladders*, in CURTIN D. e O'KEEFFE D., *Constitutional adjudication in European Community and national law*, Butterworths, Dublin, 1992, (pp. 33 - 49).
- 110 CHALTIEL F., *Le juge administratif, juge européen*, in *Revue de droit Publique en France et a l'étranger*, 6, 2008, (pp. 283 - 290).
- 111 ---, *D'une pierre, deux coups: primauté et responsabilité renforcées*, in *La Loi/Le Quotidien Juridique*, 43, 2007, (pp. 5 - 9).
- 112 CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 2001.
- 113 ---, *Droit administratif général, Tome 1*, Montchrestien, Paris, 2000.
- 114 ---, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, L.G.D.J., Paris, 1953.
- 115 CHAUMONT C., *La responsabilité extra-contractuelle de l'État dans l'exercice de la fonction législative*, in *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'étranger*, 1940, (pp. 202 - 217).

116 CHAUVAUX D., GIRARDOT T.X., *Conséquences de l'incompatibilité de la législation française en matière de TVA avec le droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 1996, (pp. 980 - 992).

117 CHEROT J.Y., DERENNE J., *Deuxième application en France de la reconnaissance de la responsabilité de l'État à l'égard du bénéficiaire de l'aide d'État qui lui a été octroyée en violation des dispositions de l'article 88, paragraphe 3, CE*, in *Concurrences*, 2, 2006, (pp. 128 – 130).

118 CHITI M.P., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3, 2009, (pp. 505 – 536).

119 ---, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, (pp. 477 - 503).

120 CHITI P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2008.

121 D'ATENA A., *Le regioni dopo il big bang: il viaggio continua* Giuffrè, Milano, 2005.

122 --- (ed.), *L'Europa delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 2003.

123 D'ORSOGNA D., *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo*, in PICOZZA E., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, (pp. 623 - 675).

124 DANIELE L., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 447 - 461).

125 ---, *La Corte di Giustizia conferma l'efficacia diretta "intermittente" delle direttive comunitarie*, in *Foro Italiano*, IV, 1995, (pp. 38 - 42).

- 126 DANNEMANN G., *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 (pp. 383 - 419).
- 127 DANTONEL-COR N., *La mise en jeu de la responsabilité de l'État français pour violation du droit communautaire*, in *R.T.D.E.*, 31, 3, 1995, (pp. 471 - 507).
- 128 DARCY G., *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Paris, 1996.
- 129 DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1960.
- 130 DE BERRANGER T., *Constitutions nationales et construction communautaire: essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, L.G.D.J., Paris, 1995.
- 131 DE MINICO G., *Il caso "Centro Europa 7": esiste un dopo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2008, (pp. 403 - 406).
- 132 DE SALINS C., *La responsabilité de l'État* in *Revue Française de Droit Administratif*, 4, 2008, (pp. 755 – 761).
- 133 DEARDS E., *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, in *European Public Law*, 3, 1 - March, 1997, (pp. 117 - 143).
- 134 DEBBASCH C., *Institutions et droits administratifs – Tome 2 : L'action et le contrôle de l'administration*, PUF (Coll Themis), Paris, 1998.

- 135 DEBBASCH C., COLIN F., *Droit administratif*, Economica, Paris, 2007.
- 136 DEFFIGIER C., *L'eventuelle responsabilité de l'État pour faute du fait de l'inconventionnalité de la loi*, in *A.J.D.A.*, 59, 18, 2003, (pp. 955 - 958).
- 137 DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, 1994.
- 138 DELGADO DEL RINCÓN L., *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial*, in *Revista del Poder Judicial*, 81, 2006, (pp. 11 - 49).
- 139 DELLACHÀ P., *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1129 - 1135).
- 140 DEMBOUR M.B., *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, 96/4, Firenze, 1996.
- 141 DERENNE J., *Aides d'État et juge national: Indications préliminaires de l'étude commanditée par la Commission européenne*, in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, 1, 2006, (pp. 86 - 95).
- 142 DEVEL G., DEVOLVÉ P., *Droit administratif. t. 1*, PUF, Thémis, 1997.
- 143 DEVOLVÉ P., *Le principe d'égalité devant les charge publiques*, L.G.D.J., Paris, 1969.

- 144 DI SERI C., *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2006, (pp. 1116 - 1131).
- 145 DÍAZ CABIALE J.A., *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, Comares, Granada, 2009.
- 146 DÍAZ DELGADO J., *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- 147 DÍAZ DELGADO J., *La responsabilidad del Estado Juez*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 283 - 331).
- 148 DICKMANN R., *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, Napoli, 2006.
- 149 DISANT M., *Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible. Réflexions autour de la responsabilité de l'État du fait de l'attribution des aides publiques illégales dans l'affaire "Borotra"*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, (pp. 547 - 563).
- 150 DOMÉNECH PASCUAL G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Monografías, Valencia, 2002.
- 151 DOMENICHELLI L., *Le Regioni nella Costituzione europea. Elogio delle virtù nascoste della consultazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

152 DUBOS O., *Les juridiction nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2001.

153 DUBOUIS L., *Directive communautaire et loi française: primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donnée de ses dispositions*, in *R.F.D.A.*, 8, mai-juin 1992, (pp. 425 - 433).

154 ---, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, in *R.F.D.A.*, 3, 1996, (pp. 583 - 601).

155 ---, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, in *R.F.D.A.*, 1992, (pp. 1 - 9).

156 DUNI G., *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968.

157 DUPEYROUX H., *Sur la généralité de la loi*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie Edouard Duchemin, Topos Verlag AG –Vaduz, Liechtenstein, Paris, 1977, (pp. 135 - 161).

158 DUPUIS G., GUÉDON M-J., CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2007.

159 EISEMANN P.M., *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, La Haya, 1996.

- 160 ENÉRIZ OLAECHEA F.J. , *El Sistema de Fuentes del Derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2007.
- 161 FABBRINI F., *Il nuovo modello di Giustizia costituzionale francese*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2008, (pp. 894 – 897).
- 162 FABBRINI S., *Politica comparata. Introduzione alle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- 163 FAURE B., *Le pouvoir règlementaire des collectivités locales*, L.G.D.J., Paris, 1998.
- 164 FAVRET J., *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, Paris, 2000.
- 165 FÉRAL P.-A., *Les incidences du droit communautaire sur les marchés publics des collectivités territoriales françaises*, in *Gaz. Pal.*, 1997, (pp. 5 - 9).
- 166 FERNÁNDEZ DE AGUIRRE J.C., *La responsabilidad patrimonial del Estado: evolución y examen de la doctrina general*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 371 – 396).
- 167 FERNÁNDEZ MARTÍN J.M., *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho Comunitario: evolución jurisprudencial reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 23, 2, 1996, (pp. 505 - 538).
- 168 FERNÁNDEZ PÉREZ B., *Control directo de la norma interna*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 3, 2004, (pp. 1 - 23).

169 ---, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho Comunitario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 12 de junio de 2003*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2, 2003, (pp. 1 - 22).

170 ---, *Comentario*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, L, 1, 1998, (pp. 266 – 270).

171 FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008.

172 ---, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (seconda parte)*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2007, (pp. 629 - 641).

173 ---, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2007, (pp. 55 - 89).

174 FERRARO V., *La sentenza "Haim II" ed il problema della compatibilità del sistema di responsabilità extra-contrattuale per illeciti della Pubblica Amministrazione elaborato dalla Corte di giustizia con quello vigente in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, II, 2001, (pp. 416-432).

175 FINES F., *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'État normateur*, in *R.T.D.E.*, 1, janv-mars 1997, (pp. 69 - 101).

176 ---, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne: de la référence aux "principes généraux*

communs" à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome, L.G.D.J., Paris, 1990.

177 FLYNN L., *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits*, in KILPATRICK C., *The Future of Remedies in Europe*, Hart, Oxford - Portland Oregon, 2000, (pp. 50 - 67).

178 FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 193 - 219).

179 FRAGOLA M., *La figura del "consumatore-turista" e i diritti ad esso riconosciuti nell'ordinamento comunitario*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2001, (pp. 5 - 38).

180 ---, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi "tutto compreso" e responsabilità dello Stato*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 1999, (pp. 751 - 768).

181 FRIGO M., JACCHIA R.A., *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2008, (pp. 643 - 680).

182 FROMONT M., *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Juris Classeur – Droit administratif*, n.7, luglio 2008, (pp. 8 - 12).

183 FUCHS A., *La transposition des directives communautaires en France*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 16, 2003, (pp. 523 - 530).

- 184 FUMAGALLI L., *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati*, in *Studium Iuris*, 11, 2000, (pp. 1198 - 1208).
- 185 GAJA G., HAY P., ROTUNDA R., *Instruments for legal integration in the European Community. A review*, in *Integration Through Law*, vol. 1. Methods, Tools and Institutions, De Gruyter, Berlin, 1985, (pp. 117 - 138).
- 186 GALÁN VIOQUE R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, CEDECS, Barcelona, 2001.
- 187 GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2008.
- 188 GARBERÍ LLOBREGAT J., *Exclusividad del "recurso contencioso-administrativo" para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la administración. (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, (pp. 57 - 96).
- 189 GARCÍA ÁLVAREZ G., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, in BERMEJO VERA J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1998, (pp. 1067-1217).
- 190 GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS J., *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia: dilaciones indebidas*, in GARCÍA BERNALDO DE QUEIRÓS J., *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración*, Consejo General del Poder Judicial - Marcial Pons, Madrid, 2002, (pp. 91 – 150).
- 191 GARCÍA DE ENTERRÍA E., *El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la*

responsabilidad patrimonial del Estado legislador, in *Revista española de derecho constitucional*, 67, nº23-2003, (pp. 15 – 48).

192 ---, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2007.

193 ---, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Estudios de Derecho Público Económico*, 159, 2002, (pp. 173-208).

194 ---, *La responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional*, in SOSPEDRA NAVAS F.J., *Seguridad Jurídica, Legitimación y Cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 145 – 214).

195 GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

196 GARCÍA GOMEZ DE MERCADO F., *La responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento de Derecho Comunitario*, in CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS C. e HINOJOSA MARTÍNEZ E., *El estado autonómico en la Comunidad Europea. V jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2002, (pp. 27-41).

197 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO F.G., *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario*, in *Noticias de la Unión Europea*, 147, 1997, (pp. 9-24).

198 GARNER B.A. (ed.), *Black's law dictionary, Eighth Edition*, Thomson, St. Paul (Minnesota), 2004.

- 199 GARRIDO FALLA F., *La Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre*, in *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 77, 1993, (pp. 125 – 132).
- 200 ---, *La Responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno*, in BAÑO LEON J.M. e CLIMENT BARBERÁ J., *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.^a Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, (pp. 137 - 154).
- 201 GAUDIN H., *Responsabilité de la puissance publique, délai raisonnable de jugement et contenu d'une décision juridictionnelle*, in *Revue Lamy. Droit Civil*, 52, 2008, (pp. 24 – 25).
- 202 ---, *Chronique de jurisprudence communautaire*, in *Revue de droit Publique et de la science politique en France et à l'étranger*, 5, 2004, (pp. 1395 - 1430).
- 203 GAUTHIER C., *Comment concilier la responsabilité exclusive de l'État en droit communautaire avec, en droit interne, les principes de libre administration des collectivités territoriales et d'organisation décentralisée de la République?*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 38, 2004, (pp. 1189-1190).
- 204 GAUTIER M., *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmon en cas de violation du droit communautaire*, in *Droit Administratif*, 8, 2008, (pp. 43 - 45).
- 205 GAYO LAFUENTE J.L., *El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario y su recepción en el Derecho Español*, in *Actualidad Administrativa*, 10, 2004, (pp. 1157-1177).

- 206 GEORGOPOULOS T., *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve de droit communautaire: la fonction de contre-pouvoir*, Dalloz, Paris, 2005.
- 207 GERMANÓ A., ROOK BASILE E., *La responsabilità dello Stato legislatore*, in *Rivista di diritto agrario*, 1998, (pp. 239 - 249).
- 208 GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XLV, 2, 2000, (pp. 1193 – 1223).
- 209 GIACALONE G., *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo: un ripensamento della Cassazione?*, in *Giustizia Civile*, 6, 2003, (pp. 1193 - 1196).
- 210 GIANFILIPPI F., *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, (pp. 362 - 366).
- 211 GIL IBÁÑEZ J.L., *La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho Español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles*, in *La Ley*, XXXII, 1999, (pp. on-line).
- 212 GILIKER P., *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*, in *European Review of Private Law*, 17, 3, 2009, (pp. 285 – 304).
- 213 GODED MIRANDA M., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A., *El Poder Judicial, volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983, pp. 311 - 349.
- 214 GOHIN O., *La responsabilité de l'État en tant que législateur*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 1998, (pp. 595 - 610).

215 GÓMEZ DE MERCADO F.G., *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Derecho comunitario: Competencia y prejudicialidad*, in *Noticias de la Unión Europea*, 171, 1999, (pp. 31 - 44).

216 ---, *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario*, in *Noticias UE*, 178, 1997, (pp. 9 – 22).

217 GÓMEZ PUENTE M., *Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario europeo*, in *Informe Comunidades Autónomas*, 2004, (pp. 780-799).

218 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., *Responsabilidad del estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992*, in *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 104, 1999, (pp. 633 – 641).

219 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S.J., *La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, in *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 294-295, enero-agosto, 2004.

220 GONZÁLEZ PÉREZ J., *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2006.

221 ---, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

222 GORLA G., CAPPELLETTI M., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.

223 GRANDINETTI M., MONZANI S., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione di tributi riscossi in violazione del diritto*

comunitario, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2008, (pp. 927 - 963).

224 GRANGER M.P., *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, in *European Law Review*, 32, 2, April 2007, (pp. 157 - 192).

225 ---, *Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, in *European Law Review*, 32, 2, 2007, (pp. 157 - 192).

226 GRAZIADEI M., *Comparative Law as the study of Transplants and Receptions*, in REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, (pp. 441 - 474).

227 GRECO G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, (pp. 505 – 517).

228 GROSSO E., *La Francia*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A. e FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009, (pp. 158 – 195).

229 GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ A., *La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del Derecho Comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado*, in *Noticias de la Unión Europea*, 148, 1997, (pp. 27 - 40).

230 HAGUENAU C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problemes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

231 HOLMES O.W., *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, New York, 1920.

232 HOOGE L., MARKS G., *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York, Oxford, 2001.

233 HOSKINS M., *Tilting the balance: supremacy and national procedural rules*, in *European Law Review*, 21, No. 5, October 1996, (pp. 365 – 377).

234 IPPOLITO F., *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 3-4, 2005, (pp. 561-577).

235 JANER TORRENS J.D., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

236 JANNARELLI A., *Diritto comunitario e comparazione*, in MOCCIA L., *I giuristi e l'Europa*, Laterza, Roma – Bari, 1997, (pp. 114 – 119).

237 JOLOWICZ J.A., *New Perspectives of a Common Law of Europe: some practical aspects and the case for applied comparative law.*, in CAPPELLETTI M., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Sijthoff, Leyden, London, Boston, 1978, (pp. 237 - 265).

238 JOYAU M., *De l'autonomie des Collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, L.G.D.J., Paris, 1998.

239 KARAM-BOUSTANY L., *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 2007.

240 KATZ D., *La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire ne relève pas nécessairement de la compétence du juge administratif*, in *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, 21, 2004, (pp. 709 - 710).

- 241 KAUFF-GAZIN F., SIMON D., *Responsabilité des États membres. Conditions d'attribution à l'État du comportement d'un fonctionnaire*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 6, 2007, (pp. 58 – 59).
- 242 KELLER R., *Responsabilité du fait d'une durée excessive de jugement et jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 3, mai-juin 2009, (pp. 546 – 550).
- 243 KIIKERI M., *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 2001.
- 244 KOVAR R., *Le Conseil d'État et le droit communautaire: des progrès mais peut mieux faire*, Dalloz, Paris, 1992.
- 245 LA PERGOLA A., *Il Giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2003, (pp. 2419 - 2441).
- 246 LABAUDAIRE A., VENEZIA J.C., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1994.
- 247 LABAYLE H., *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers – Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 1992, (pp. 619 - 642).
- 248 LAGHEZZA P., *Fumo passivo, legislatore... pure: il Leviatano alle prese con la responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2009, (pp. 88 - 91).
- 249 LAJOLO DI COSSANO F., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 3-4, 2006, (pp. 759-790).

250 LAZARI A., *La responsabilità statale in Diritto Comunitario e nei singoli diritti nazionali*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2007, (pp. 143 - 151).

251 ---, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

252 ---, *"Eppur si muove!": Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 5, 1998, (pp. 469 - 494).

253 ---, *La responsabilità degli Stati nell'edificazione di un diritto uniforme*, in PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Cedam, Padova, 2002, (pp. 265 - 294).

254 LECLERC S., MONDÉSERT X., *Vers une responsabilité des collectivités territoriales en cas de violation du droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 3, 2002, (pp. 201 – 209).

255 LEGUINA VILLA J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983.

256 LOMBARDI G., *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, parte 1, fasc. 11, 2000, (pp. 1099-1104).

257 LOMBARDO M., *Il principio di leale collaborazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 469 - 497).

258 LONG M., *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, Dalloz, 2007.

- 259 LÓPEZ GUERRA L., *Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- 260 LÓPEZ GUERRA L., ESPÍN E., GARCÍA MORILLO J., *Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- 261 LOUIS J.V., RONSE T., KADDOUS C., *L'ordre juridique de l'Union Européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Parigi, 2005.
- 262 LUCHETTI G., A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo*, Patron Editore, Bologna, 2006.
- 263 LUPOI M., *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, (pp. 234 - 262).
- 264 LYONS C., *The Limits of European Union Citizenship*, in BANKOWSKI Z. e SCOTT A., *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Blackwell, Oxford – Malden, 2000, (pp. 149 – 167).
- 265 MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- 266 MANGANARO F., *Brevi osservazioni sulla omogeneizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, in FALCON G., *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, (pp. 271 – 290).
- 267 MANGAS MARTÍN A., LIÑÁN NOGUERAS D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004.
- 268 MANGIARACINA L., *Responsabilità dello Stato membro per danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario*

imputabile ad un organo giurisdizionale, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2008, (pp. 247 – 268).

269 MANIN P., *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *Revue Trimestrelle du Droit Européenne*, 4, 1990, (pp. 682-686).

270 MANZELLA G.P., *Responsabilità dello Stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 46, 1996, (pp. 426 - 433).

271 ---, ZIOTTI P., *Ancora sulla responsabilità di uno Stato Membro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 7, 1996, (pp. 647 - 648).

272 MARCOS F., SÁNCHEZ GRAELS A., *Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, in *European Review of Private Law*, 3, 2008, (pp. 469-488).

273 MARINAI S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, (pp. 689 - 720).

274 MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004.

275 MARTÍN REBOLLO L., *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

276 MARTÍN REBOLLO M., *Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas*, in MORENO MARTÍNEZ J.A., *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, (pp. 539 - 570).

- 277 MARTÍNEZ SÁNCHEZ A., *Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por retrasos del legislador en la transposición de directivas: Comentario a la Sentencia "Multipropiedad" de 7 de mayo 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 4, oct-dic. 2002, (pp. 701 – 727).
- 278 MASERA S.R., *La colpa dell'amministrazione per violazione di direttive comunitarie*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2006, (pp. 674 - 681).
- 279 MASTROIANNI R., *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2007, (pp. 585-608).
- 280 ---, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 59, 2, 2007, (pp. 21 - 63).
- 281 MATTEI U., *The comparative relationship among Sources of Law*, in *Comparative Law and Economics*, 1997, (pp. 101 – 121).
- 282 MAUNIER J., *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant. L.G.D.J., Bruxelles, 1994.
- 283 MEDINA ALCOZ L., *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- 284 ---, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- 285 MEHDI R. , *Primauté du droit communautaire*, in *Journal du droit international*, in 2, 2004, (pp. 552 – 559).

- 286 MENÉNDEZ REXACH E., *La “Cooperación por coacción”: la responsabilidad de los Estados Miembros imputables a sus jueces*, in MARTÍNEZ DE VELASCO J.H. e ZAMORA ZARAGOZA F.J. , *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 439 – 450).
- 287 MESTRE DELGADO J.F., *La responsabilidad del Estado Legislador*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, (pp. 97 – 179).
- 288 MICARI G., *La colpa della P.A. – Autorità, il diritto comunitario e l’art. 2050 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2006, (pp. 987 – 993).
- 289 MILLÁN MORO L., *La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 18, 1991, (pp. 845-877).
- 290 MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 1998.
- 291 MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo, responsabilità*, in *Foro Italiano*, IV, 1952, (pp. 144 - 156).
- 292 MORANGE G., *L’irresponsabilité de l’État législateur – Evolution et avenir*, Dalloz, Paris, 1962.
- 293 MOREAU J., *La responsabilité de l’État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative*, in *La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales*, 31, 2008, (pp. 33 – 36).
- 294 ---, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1989.

295 ---, *L'influence de la situation de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Paris, 1957.

296 ---, *L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique*, in BOULOIS J., *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 409 - 420).

297 MORENILLA ALLARD P., *Comentario al artículo 266*, in V. GIMENO SENDRA, *Proceso Civil Práctico*, tomo III, arts. 206 a 280, Madrid, 2001 (actualizado al 2005), (pp. 6 – 29).

298 MORENO CATENA V., *Derecho procesal contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

299 MORENO FERNÁNDEZ J.I., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-legislador en Materia Tributaria y Vías para reclamarla*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

300 ---, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador frente a disposiciones legales declaradas contrarias a la Constitución o al Derecho Comunitario*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 5, 2008, (pp. 1 – 27).

301 MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro Italiano*, V, 1970, (pp. 153 - 191).

302 MOVILLA ÁLVAREZ C., *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.

303 MUCCI F., *"Potere estero", diritto internazionale e riforma del titolo V della Costituzione*, in D'ATENA A., *Diritto, diritti e autonomie. Tra Unione Europea e riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2003, (pp. 45 - 67).

- 304 MUGA MUÑOZ J.L., *El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa*, in *Revista de Administración Pública*, 152, mayo – agosto 2000, (pp. 167 - 179).
- 305 MUÑOZ MACHADO S., *La creación de un sistema único de responsabilidad civil aplicable en el espacio europeo*, in MUÑOZ MACHADO S., *La Unión Europea y la mutación del Estado*, Alianza, Madrid, 1992, (pp. 101 – 120).
- 306 MUSCAT H., *Le Droit Français de la Responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Paris, 2001.
- 307 NABLI B., *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, Dalloz, Paris, 2007.
- 308 NASSIMPIAN D., ... *And we keep on meeting: (de-)fragmenting state liability*, in *European Law Review*, 32, 6, 2007, (pp. 819-838).
- 309 NEBBIA P., *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 33, 1, 2008, (pp. 23 - 43).
- 310 NICOLAIDES P., OBERG H., *The Compliance Problem in the European Union*, in *EIPASCOPE*, 1, 2006, (pp. 13 - 19).
- 311 NOURISSAT C., *Responsabilité de l'État et interpretation du droit communautaire par le juge*, in *Procédures*, 6, 2007, (pp. 17 – 18).
- 312 NUCERA V., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 6, 2008, (pp. 161 – 179).
- 313 ODENT R., *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007.

314 ---, *Cours de contentieux administratif*, Les Cours de Droit, Paris, 1981.

315 OLIVA BLÁZQUEZ F., *Responsabilidad patrimonial del Estado Español frente a particulares por incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva 94/57/CE. Comentario a la SAN de 7 de mayo 2002 (RJCA 2002, 634)*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003 – 2, (pp. 253 – 266).

316 OLIVA C., *Il danno da "cattiva" legislazione e da omessa attività di controllo sull'osservanza delle leggi*, in *La Responsabilità Civile*, 5, 2009, (pp. 428 - 434).

317 OLIVER P., *State Liability in Damages following Factortame III*, in BEATSON J. e TRIDIMAS T., *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 49 - 61).

318 ONIDA V., *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, (pp. 549 - 557).

319 ORDÓÑEZ SOLÍS D., *Derecho, Administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 27, julio-sept. 2008, (pp. 235 – 279).

320 ---, *Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho comunitario europeo*, in *Cuadernos de Derecho Público - Instituto Nacional de Administración Pública*, 6, enero-abril 1999, (pp. 37 - 69).

321 ---, *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2048, 2007, (pp. 3995 - 4030).

322 ---, *Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos Estatutos*, in *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 4/2007, (pp. 69 – 128).

323 PADOA SCHIOPPA T., *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001.

324 PARDOLESI R., *Commento alla sentenza Rechberger*, in *Foro Italiano*, IV, 1998, (pp. 289).

325 PARSI V.E. (ed.), *Cittadinanza e identità costituzionale europea. Ricerca del Centro di Ricerche in Analisi Economica, Economia Internazionale, Sviluppo Economico*, Il Mulino, Bologna, 2001.

326 PASA B., ROSSI P., WEITENBERG M. (ed.), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.

327 PASQUINELLI C., *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 07/08, 2008, (pp. 1578-1590).

328 PASSONI M., *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*, in *Urbanistica e appalti*, 11, 2001, (pp. 1219 - 1225).

329 PATRONE I.J., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AMATO G. e PACIOTTI E., *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2005, (pp. 187-204).

- 330 PECCHIOLI N., *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 6, f. 2-3, 2001, (pp. 351 – 380).
- 331 PELLIZZARI S., *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, 3, 2008, (pp. 865 - 881).
- 332 PÉREZ GONZÁLEZ C., *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- 333 PÉREZ TREMPES P., *Constitución española y Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, in Año 24, Núm. 71, Mayo-Agosto 2004, (pp. 103 – 121).
- 334 PERONI G., *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Il diritto del Commercio Internazionale*, 1, 2008, (pp. 221 – 232).
- 335 PETRILLO G., *Il “Caso Lucchini”: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2008, (pp. 425 – 433).
- 336 PETRUSO R., *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2006, (pp. 693-727).
- 337 PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, LVIII - Marzo, 3, 2008, (pp. 559 - 561).
- 338 PICOZZA E., *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Padova, 2008.

- 339 ---, *Diritto dell'economia: Disciplina pubblica. Trattato di diritto dell'economia. II*, Giuffrè, Padova, 2005.
- 340 ---, CARCIONE M.G., *Potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Corriere Giuridico*, 1, 2007, (pp. 113 – 130).
- 341 PINON S., *Les démêles du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de "primauté" du droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 20, 9, 2008, (pp. 1077 - 1081).
- 342 PINOTTI C., *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, Parte IV, 2006, (pp. 395-425).
- 343 ---, *Violazioni del diritto comunitario e responsabilità amministrativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, parte IV, 3, 2004, (pp. 390 - 419).
- 344 ---, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1-2, 2003, (pp. 437 - 466).
- 345 PIVA P., *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della "Koblerizzazione" del diritto comunitario e del diritto degli stati membri* in *Il Diritto della Regione*, fasc. 5 - 6, 2004, (pp. 809 - 840).
- 346 PIZZANELLI G., *Libera prestazione dei servizi, cittadinanza europea, principio di non discriminazione e responsabilità per inadempimento dello Stato unitariamente considerato: il caso della disciplina italiana sull'ingresso a musei gestiti da Regioni ed enti locali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2003, (pp. 1564 - 1577).

347 PIZZETTI F.G., *The King can do wrong: la responsabilità civile del legislatore nella giurisprudenza comunitaria*, in *Biblioteca della Libertà*, 2000, (pp. 91 - 116).

348 ---, *Metodi intergovernativi, metodi «comunitari» e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi*, in BILANCIA P., *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006, (pp. 269 - 286).

349 PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, L.G.D.J. - Editions Panthéon Assas, Paris, 2003.

350 PORTA J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité. Tome I*, L.G.D.J., Clermont Ferrand, 2007.

351 POTO M, *Responsabilità extracontrattuale della Commissione Europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10, 2007, (pp. 2051-2057).

352 ---, *La responsabilità dello Stato legislatore: la Cassazione a confronto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2003, (pp. 1363 - 1370).

353 POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, L.G.D.J., Paris, 1999.

354 POUYAUD D., *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, in *R.F.D.A.*, 6, novembre-dicembre 2008, (pp. 1178 - 1186).

355 ---, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *R.F.D.A.*, 3, mai - juin 2007, (pp. 525 - 534).

356 ---, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *RFDA*, 3, mai – juin 2007, (pp. 525 – 534).

357 POZZO B. (ed.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008.

358 PRECHAL S., *Directives in EC law. Second, completely revisited edition*, Oxford University Press, New York, 2006.

359 PRÉTOT X., *Note sous l'arrêt Sté. Jacques Dangeville*, in *A.J.D.A.*, 11, 1992.

360 PROTTO M., *Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2005, (pp. 36 - 40).

361 ---, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, (pp. 993 - 1006).

362 QUINTANA LÓPEZ T., *La Responsabilidad del Estado Legislador*, in *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, (pp. 103 - 147).

363 RAIMONDI L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2008, (pp. 773 - 834).

364 RAITI G., *Brevi considerazioni su “cittadinanza” e “tutela giurisdizionale civile” nell'ambito dell'U.E.*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2008, (pp. 41 - 54).

365 RECCHIA G., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo* Cedam, Padova, 1996.

- 366 REGLERO CAMPOS F., *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, in F. REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2003, (pp. 585 – 591).
- 367 RITLENG D., *Le principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 2-2005, (pp. 243 – 260).
- 368 RIVERO J., WALINE J., *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2004.
- 369 RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE. (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)*, in *Diario La Ley*, 6936, 30 Abr. 2008, (pp. 1 – 12).
- 370 RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C., KEPPELNE J.P., *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, in *Mélanges en hommage à Michael Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1999, (pp. 517 – 551).
- 371 ROIG MOLÉS E., *La reforma del Estado de las autonomías: ¿Ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 3, 2006, (pp. 149 – 185).
- 372 ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, 1, 1999, (pp. 111 - 142).
- 373 ROPPO V., *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale*, in *Rivista diritto privato*, 11, 2, 2006, (pp. 347 - 376).

- 374 ---, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contratto e impresa. Europa*, fasc. 1, 1999, (pp. 101 - 123).
- 375 ---, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore* in *Danno e responsabilità*, 11, 1998, (pp. 961 - 971).
- 376 ROSS M., *Beyond Francovich*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, (pp. 55 - 73).
- 377 ROUGEVIN-BAVILLE M., *Responsabilité sans faute*, in *Juris-Classeur Responsabilité de la puissance publique*.
- 378 RUBIO LLORENTE F. (ed.), *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- 379 RUIZ RUIZ F., *La función de Garantía del cumplimiento autonómico el derecho comunitario europeo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 51, 1997, (pp. 160 - 173).
- 380 RUSSO T.V., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella prospettiva italo-comunitaria*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 1998, (pp. 808 - 843).
- 381 RUVOLO M., *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettiva*, in *Europa e Diritto Privato*, 2006, (pp. 1407 - 1464).
- 382 SACCO R., *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992.
- 383 ---, *Introduzione al Diritto Comparato*, UTET, Torino, 1992.

- 384 ---, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in SACCO R., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, (pp. 241 - 265).
- 385 SAIZ ARNAIZ A., *El derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas?*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 2, 1995, pp. 571 - 592.
- 386 SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea : la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión* Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- 387 SAULNIER-CASSIA E., *La responsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire par l'administration et le législateur*, in *A.J.D.A.*, 60, 34, 2004, (pp. 1878 - 1881).
- 388 SCARCIGLIA R., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- 389 SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006, (pp. 418 - 420).
- 390 ---, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2005, (pp. 3-13).
- 391 ---, *"Francovich presa sul serio": la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro Italiano*, IV, 2004, (pp. 4 - 7).
- 392 ---, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Foro Italiano*, I, 2003, (pp. 2015 - 2019).

393 ---, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e responsabilità*, 7, 2003, (pp. 718 - 727).

394 ---, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, in *Incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali"*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 22-24 giugno 2009.

395 SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988.

396 SCHERMERS H.G., WAELBROCK D.F., *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2001.

397 SCHOCKWEILER F., *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1, 1992.

398 ---, *L'exécution des arrêts de la Cour*, in CAPOTORTI F., *Du droit International au droit de la Integration. Liber amicorum P. Pescatore*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, (pp. 613 - 635).

399 SCHULTE-NÖLKE H., TWIGG-FLESNER C., EBERS M., *EC Consumer Law Compendium*, European law publisher, Sellier, Munich, 2008.

400 SEGURA RODA I., *La sentencia "Canal Satélite Digital" de 22 de enero de 2002: ¿una nueva orientación jurisprudencial relativa a la autorización de productos en el Mercado interior?*, in *Gaceta Juridica de la Unión Europea*, 222, 2002, (pp. 45 - 58).

401 SHAPIRO M., *The institutionalization of European Space*, in SANDHOLTZ W., STONE SWEET A. e FLIGSTEIN N., *The institutionalization of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, (pp. 94 - 112).

402 SHAPIRO M., STONE SWEET A. (ed.), *On Law, Politics, & Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002.

403 SIERRA GIL DE LA CUESTA I., *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008.

404 SILVA SÁNCHEZ M.J., *¿Cómo podemos reclamar los derechos que nos reconoce una directiva comunitaria, o la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falta de transposición?*, in *Economist & Jurist*, 30, 1998, (pp. 43 – 45).

405 SIMON D., *L'arrêt Sarran: dualisme incompréhensible ou monisme inversé?*, in *European Law Review*, 9, 3, mars 1999.

406 ---, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique: glissements progressifs ou révolution tranquille?*, in *A.J.D.A.*, 20, avril 1993, (pp. 235 - 243).

407 ---, *Le Conseil d'État, la directive, la loi, le droit: « ad augusta per augusta »*, in *European Law Review*, 4, avril 1992, (pp. 1 - 4).

408 ---, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 10, 2007, (pp. 12 – 14).

409 ---, *La responsabilité des États membres en cas de violation de droit communautaire par une juridiction suprême*, in *European Law Review*, 11, 2003, (pp. 3 – 6).

410 ---, *The sanction of Member States serious violations of Community Law*, in O'KEEFFE D., *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 2000, (pp. 275 - 286).

411 SINA E., *Certezza e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2008, (pp. 907-912).

412 SLAUGHTER A., STONE SWEET A., WEILER J.H.H. (ed.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

413 SMITH F., WOODS L., *Causation in Francovich: The Neglected Problem*, in *International Comparative Law Quarterly*, 46, 1997, (pp. 925 - 941).

414 SMITS C., *Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres*, in VANDERSANDEN G., *Melanges en hommenage a Jean-Victor Louis*, vol. I, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, (pp. 419 - 442).

415 SNYDER F., *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, (pp. 19 - 53).

416 SOLCHAGA LOITEGUI J., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A., *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 2515 - 2586.

417 SORRENTINO F., *L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico*, in TIZZANO A., *Il processo d'integrazione europea: un*

bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 55 – 65).

418 SOUSSE M., *La notion de reparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1994.

419 STAHL J.H., *L'État ne peut pas se prévaloir à l'encontre des particuliers des dispositions d'une directive qu'il n'a pas transposées*, in *A.J.D.A.*, 1995, (pp. 496 - 500).

420 STEFANOU C., XANTHAKI E., *Il risarcimento del danno nel contesto della responsabilità concorrente ex art. 288, par. 2 e la dialettica delle teorie dell'integrazione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 1999, (pp. 1059 - 1088).

421 STEINER J., WOODS L., TWIGG-FLESNER C., *EU Law*, Oxford University Press, Oxford - New York 2006.

422 STILE M.T., *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2008, (pp. 873 - 882).

423 ---, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 4, 2007, (pp. 733 - 741).

424 STIRN B., *Le Conseil d'État et les juridictions communautaires: un demi-siècle de dialogue des juges*, in *Gazette du Palais*, 2009, (pp. 3 - 7).

425 STONE SWEET A., *The Judicial construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

426 STONE SWEET A., SANDHOLTZ W., FLIGSTEIN N. (ed.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, New York, 2001.

427 SUR M.-T., *Services publics locaux: l'ouverture européenne*, in *A.J.D.A.*, 1990, (pp. 779 - 785).

428 TALLBERG J., *European Governance and supranational Institutions. Making State Comply*, Routledge, London New York, 2003.

429 TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law: article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 27, 1990, (pp. 645 - 681).

430 TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.

431 ---, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006.

432 TEUBNER G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in SNYDER F., *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 2000, (pp. 243 - 267).

433 TORNOS MAS J., *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985, (pp. 71 - 124).

434 TORRESI T., *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in LIPARI N., *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, CEDAM, Padova, 2003, (pp. 644 - 679).

435 TRIDIMAS T., *The general Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2000.

436 ---, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An assessment of the Case Law*, in BEATSON J. e TRIDIMAS T., *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 11 - 33).

437 ---, *Liability for breach of community law: growing up and mellowing down?*, in FAIRGRIEVE D., ANDENAS M. e BELL J., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2002.

438 TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino, 2000.

439 TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

440 UGOLINI S., *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato*, in *Contratto e impresa*, 3 Maggio-Giugno, 2008, (pp. 646-667).

441 VAN DAM C., *European Tort Law* Oxford University Press, Oxford – New York, 2006.

442 VAN GERVEN W., *Of rights, remedies and procedures*, in *Common Market Law Review*, 37, 3, June 2000, (pp. 501 - 536).

443 ---, *The Horizontal Effect of Directives Provisions Revisited: The Reality of Catchwords*, in CURTIN D. e HEUKELS T., *Institutional dynamics of European Integration*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, (pp. 335 - 353).

444 ---, *The emergence of a Common European law in the area of tort law: the EU contribution*, in FAIRGRIEVE D., ANDENAS M. e BELL J., *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, BIICL, London, 2002, (pp. 125 - 147).

445 ---, *Comparative law in a texture of communitarization of National laws and europeanization of Community Law*, in O'KEEFFE D. e BAVASSO A., *Judicial Review in European Union Law, Vol. I*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, (pp. 433 – 445).

446 VAN HOECKE M., *Deep Level Comparative Law*, European University Institute, Florence, 2002.

447 VANDERSANDEN G., *La Responsabilité des états membres en cas de violation du droit communautaire études de droit communautaire et de droit national comparé* Bruylant, Bruxelles, 1997.

448 VIALLE P., *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, in *Revue de droit publique et de sciences politiques*, 1974, (pp. 1243 - 1268).

449 VIDAL PRADO C., *El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales Constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.

450 VILLANI U., *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2, 2003, (pp. 241 - 279).

451 VON BAR C., *The common European law of torts. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences*, II, Clarendon Press, Oxford, 2000.

452 VON DANWITZ, *Effets juridiques des directive selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 4 2007, (pp. 575 – 596).

453 WAELBROECK D.F., *Treaty violations and liability of Member States: the effect of the Francovich case law*, in HEUKELS T. e

McDONNELL A., *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 1997, (pp. 311-337).

454 WATSON A., *Legal Transplantes. An Approach to Comparative Law.*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974.

455 WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?"*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

456 ---, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990, (pp. 2403-2483).

457 WEISSE MARCHAL C., *La reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'État législateur en cas de violation du droit communautaire*, in *A.J.D.A.*, 7, 2005, (pp. 385 - 390).

458 WYATT D., *New Legal order, or old?*, in *European Law Review*, 7, Num. 3, 1982, (pp. 147 - 166).

459 XIOL RÍOS J.A., *La responsabilidad patrimonial por acto legislativo*, in MORENO MARTÍNEZ J.A., *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2008, (pp. 1032 – 1073).

460 ZAMPINI F., *Responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire: l'exemple de l'Italie*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 4, 1997, (pp. 1039 – 1055).

461 ZAMPINI G., *Direttiva comunitaria 80/987 inattuata e risarcimento del danno: prescrizione del diritto*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3, 2003, (pp. 265 - 270).